دكتـــور
عبد الله مبروك النجار
أستاذ القانون المدنى بجامعة الأزهر
عضو مجمع البحوث الإسلامية
بالأزهر الشريف
محام بالنقض

المدخل المعاصر لفقه القانون

الطبعة الثالثة
٢٠٠٥ - ٢٠٠٦

الناشـــر
دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت بالقاهرة

تقديم

الحمد لله وحده ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده ، سيدنا ونبينا محمد بن عبد الله الرحمة المهداة والنعمة المسداة ، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وأتباعه ، ومن سار على منوال شريعته واتبع منهاج دينه إلى يوم الدين

وبعد :

فإن دراسة القانون تخدم الشريعة - بلا شك - ، لأن القانون في مجمله يمثل الفكر الإنساني في سموه ورقيه حين يتجرد ليضع مبادئ تقيم العدل ، ويقرر نصوصاً تحقق النصفة بين المظلومين ، وهذا الفكر - بما يتمخض عنه من تلك السمة ، ويتطلع إليه من هذه الغايات النبيلة - إنما يمثل الموئل الأكبر لمن يلتمسون عنده الحل ، ويقصدون نصوصه طلباً لتفريج ما يعترض حياتهم من مآزق وكروب ، فإذا ما تمت دراسته ، وجري تحليله ، وتم إحصاء ما يعتريه من النقص ، عند التطبيق أو القصور في مجال العمل ، أو حين تظهر الدراسة ما قد يبدو عليه من انفصام بين المقاصد التي تمت صياغته لتحقيقها ، والواقع الذي قد يتغير ليصبح في واد ، ونصوص ذلك القانون في واد آخر ، فإن كل ذلك من شأنه أن يظهر ابتداء مدى ما يتمتع به شرع الله من جودة الصياغة ، وإحكام الصنعة التشريعية التي جعلته قادراً على استيعاب كل ما يتفتق عنه العصر ، بل وكافة العصور من تغيرات وتطورات إلى يوم الدين ، حيث يتنزه عما يعتري القانون من تلك الطوارئ التي تدل على قصوره ، وتظهر مدى ما فيه من ضعف وعجز عن تحقيق آمال الناس في عدل

حقيقي يسعد حياتهم ويبدد شقاءهم ، ويمسح على وجوههم بيد الأمن والطمأنينة ، وتبدو - دائماً - قوته ، فتية ، فيها من حضور التشريع وملاءمة الأحكام ما يصلح لكل زمان ومكان ، ومثل تلك المقارنة الأولية لن يتسنى إدراكها ، إلا من خلال الدراسة .

وهناك أمر آخر لا يقل أهمية عن تهيئة مثل تلك المقارنة بين التشريع الوضعي ، والتشريع السماوي ، والتي لا بد أن تنتهي لصالح شرع الله ، وهو يتمثل فيما تهيئه مثل تلك الدراسات القانونية من تكوين ملكة الفكر التشريعي السوي عند الطالب ، لأن منهج تلك الدراسات قد استقر منذ فترة طويلة ، بعد أن استفاد من كافة تجارب الفكر البشري ، وأصبح على قدر من الثراء في المنطق ، والمنهج ، وترتيب الأفكار الذي يفيد- بالقطع - طالب الفقه الإسلامي ، ويجعله قادراً على استيعاب المقاصد العامة للتشريع على وجه العموم ، والتفكير في إطارها عند دراسة المواد المتعلقة بفقه الأحكام على وجه الخصوص ، كما يفيده كثيراً في إعداد بحوثه وصياغة أفكاره على نحو علمي سديد .

كما أن دراسة القانون تفيد طالب العلم الشرعي ، حين تبصره بالمواطن التي تحتاج إلى البديل التشريعي الإسلامي ، ليجتهد الطلاب والفقهاء والعلماء في إيجاده ، وهذا يساعد على تطبيق شرع الله . ولهذا كان من الحق ما قلناه في مستهل ذلك التقديم ، وهو أن دراسة القانون تخدم شرع الله ، وهذا ما لا يعترينا أدنى شك فيه .

وهذه الدراسة تمثل بداية المبتدي لطالب الدراسات الفقهية في الشريعة والقانون ، لأن الطالب لا يدرس قانوناً بالمعنى المحدود للكلمة ، وإنما يدرس مبادئ القانون ، أو فقه القانون ، حتى يكون ما يدرسه ملائماً لكل فروعه وأنواعه وأبوابه في كل عصر ، وقد حرصت على أن تكون مستوعبة وشاملة لكافة المستجدات التشريعية المعاصرة ، وهذا ما يجعلها - من وجهة نظرنا - متميزة عما يناظرها من الكتابات التي تعالج هذا الموضوع ، ولذلك سميتها : " المدخل المعاصر لفقه القانون " .

أدعو الله تعالى أن يجعلها مفيدة ومحققة للغرض الذي ألفت من أجله ، وأن يجعل مسارها في خدمة دينه الحنيف ، حتى تكون لبنة فكرية متواضعة في خدمة الحق الذي شرعه ، والعدل الذي أوجب علينا القيام به ، هذا وبالله التوفيق .

تحريراً في ٢٠٠١/٨/٨

دكتور

عبد الله مبروك النجار

أستاذ القانون المدني بجامعة الأزهر

والمحامي بالنقض

القسم الأول

نظرية القانون

تمهيد

تنوع الروابط الاجتماعية

الإنسان كائن اجتماعي بطبعه، فهو لا يمكن أن يعيش منعزلاً عن غيره ، لأن الإنسان المنفرد لا وجود له إلا في الفروض الفلسفية البعيدة عن الحقيقة والواقع ، وإلا فإنهما ينطقان بوضوح أن الإنسان يولد في المجتمع ولا يعيش إلا فيه ، وبمقتضى تلك الطبيعة الاجتماعية في الإنسان ، تعددت روابطه ، وكثرت علاقاته ، فكانت الروابط الاجتماعية والاقتصادية والسياسية والعامة وغيرها ، وأدى ذلك إلى ضرورة وجود القواعد القانونية التى تنظم تلك الروابط بما يقيم توازناً عادلاً بين الحقوق والواجبات.

والإنسان فى علاقته بغيره لا يمكن أن يتصرف وفق ما يمليه عليه هـواه وصالحه، بل يجب عليه أن يكون ملتزماً بقيود المجتمع، تلك التى تحد من الحرية الطبيعية للإنسان، فالحياة فى المجتمع توجب على كل فرد أن يقيد من حريته لصالح الآخرين، إذا أراد من هؤلاء احتراماً لمصالحه. فهناك - إذن - قيود اجتماعية ترد على السلوك الإنسانى وواجبات تفرضها الحياة فى الجماعة. وبعض تلك القيود تفرضها قواعد المجاملات، والآداب العامة، وقواعد الأخلاق. فتلك القواعد تفرض على الإنسان أن يأتى على نفسه ويمد يده للآخرين بالعون والمساعدة إذا كان قادراً، وهو إذا قصر فى ذلك لا يكون بمقدور أحد أن يجبره عليه بالقوة. وكل ما هنالك أن يتعرض لتأنيب الضمير، إن كان من ذوى الضمائر الحية ، أو احتقار الناس له وسخطهم عليه.

لكن هناك طائفة أخرى من القيود الاجتماعية تبدو أقوى من مجرد الواجبات الخلقية والمجاملات، ذلك أن هذه الواجبات لا تكفى لتنظيم الحياة فى المجتمع. بل يجب أن يوجد إلى جانبها واجبات أشد تكون مشفوعة بوسيلة من الوسائل التي تجبر الفرد على احترامها ، وهذه هي الواجبات القانونية التى تفرضها قواعد القانون، فمثلاً إذا قصر الشخص فى أداء حق واجب الأداء عليه.

عنه يجبر على ذلك الأداء بقوة القانون قضاء عن طريق التنفيذ الجبري على أمواله، وإذا خرج إنسان على نظام المجتمع فارتكب جريمة تعرض للعقاب، وبدون تلك القواعد الأخيرة – أي القواعد القانونية – لا يمكن أن يستقر حال المجتمع، ولهذا – أيضاً – قيل: يوجد القانون حيثما يوجد المجتمع[1].

ومن المعروف أنه في حالة اجتماع الناس مع بعضهم في وطن واحد، تنشأ بينهم علاقات وروابط متضاربة، وتتزاحم مصالحهم وحرياتهم، ومن ثم فإنه لا يمكن ترك هذا التضارب بينهم دون تنظيم فلو ترك الناس وشأنهم لعمت الفوضى بينهم، لأن كل فرد يريد أن يحقق مطامعه ورغباته حتى ولو كان ذلك على حساب غيره، لذلك مست الحاجة في المجتمع إلى تنظيم سلوك الأفراد عن طريق سن القواعد القانونية التي تتولى هذا التنظيم[2]، ويبقى أن نعرف بمضمون تلك القواعد القانونية.

---

(1) د. عبد المنعم البدراوي – المدخل للعلوم القانونية – ص١٣ – دار النهضة العربية – بيروت – سنة ١٩٦٦م.

(2) د. جمال الدين طه العاقل – دروس في نظرية القانون – ص ١٨ – طبعة ١٩٩٠م.

الباب الأول

التعريف بالقانون وخصائصه وتفريده

الفصل الأول

التعريف بالقانون وخصائصه

المبحث الأول

التعريف بالقانون

تطلق كلمة القانون فى اللغة ، ويراد بها القاعدة المضطردة باستمرار وفقاً لنظام معين ثابت ، وفى هذا الإطار نجد أن لكل شئ قانونـــاً، فللجاذبيـــة قـــانون، وللطفو فوق سطح الماء قانون يحكمه ، بل أن للأخلاق قانوناً هو الخير، وللعدالة قانوناً هو الحكم بالقسط بين الناس بالحق [1].

وفى اصطلاح فقهاء القانون يعرف بأنه: مجموعة القواعـــد التـــى تنظـــم الروابط الاجتماعية التى يجبر الفرد على اتباعها بالقوة عند الاقتضاء[2]، والقانون بهذا المعنى يطلق على كل القواعد الملزمة التى تنظم سلوك الأفراد فى المجتمـــع أياً كان مصدرها، أى سواء كان مصدرها هو الدين، أو السلطة التشريعية العادية. أو عرف الناس، والقانون يجب أن يقوم على العدل، وأن يتوخى كفالـــة حقـــوق الأفراد ومصالحهم الخاصة وتحقيق خير المجتمع كله[3].

---

(1) فى هذا المعنى: د. عبد الرازق حسن فرج – المدخل لدراسة القانون – ص ٣ – مطبعة النحر الجديد.

(2) د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ١٣، د. عبد الرازق فرج – السابق، د. عبد الحى حجازى – ص ٢٤، د. حسن كيرة – المدخل إلى القانون – ص ٥٦.

(3) د. عبد الرازق فرج – ص ٤.

المعاني المختلفة للفظ القانون:

وإذا كان لفظ القانون يستعمل في هذا المعنى العام، ليدل على مجموعة القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع من خلال مجموعة القواعد القانونية التي تحكم الروابط الاجتماعية في جملتها، والتي من أجلها يسمى : القانون الوضعي ، أو علم القانون أو كلية القانون[1].

إلا أن لفظ القانون قد يستعمل ، للدلالة على فرع معين من فروع القانون الوضعي، فيقال: القانون المدني، والقانون التجاري، والقانون الدولي العام. ويقصد به عندئذ مجموعة القواعد التي تنظم ناحية معينة من نواحي النشاط الإنساني في المجتمع كالنشاط المدني، أو التجاري أو الدولي[2] أو غيره .

وقد يستعمل لفظ القانون ، ويقصد به: التقنين، أي مجموعة المواد أو النصوص الخاصة بفرع معين من فروع القانون، فيقال: تنص المادة الأولى من القانون المدني على كذا، ويراد بالقانون هنا: مجموعة القانون المدني، أو قانون العقوبات إذا كانت المادة المستدل بها من موارده .

وقد يراد للفظ : التشريع الصادر من السلطة التشريعية، فيقال: القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤، أي القانون الذي يحمل هذا الرقم، أو القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، ويقال أيضاً، قانون تطوير الأزهر وقانون تنظيم الجامعات. وقانون الشهر العقاري، وهكذا، والتشريع هنا أخص من القانون في معناه الأول، إذ التشريع ليس سوى مصدر واحد من مصادر القانون، تقوم إلى جانبه مصادر أخرى تساهم في خلق القواعد القانونية ، بينما القانون بهذا المعنى شامل لجملة أنواع منه .

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ١٧.

(٢) المرجع نفسه.

المبحث الثاني

خصائص القاعدة القانونية

ومن خلال تعريف القانون؛ يتضح أنه عبارة عن قواعد تحكم سلوك الأفراد، وهذه القواعد تتميز بالعموم والتجريد، وهي قواعد اجتماعية. وقواعد ملزمة، أي تقترن بجزاء توقعه السلطة العامة في المجتمع، لكي تضمن لها الاحترام الواجب ولهذا تتميز القاعدة القانونية بالخصائص الآتية:

أولاً: أنها قاعدة عامة ومجردة:

تتميز القاعدة القانونية أولاً بأنها عامة ومجردة، شأنها في ذلك شأن بقية القواعد القانونية، ومعنى ذلك: أن القاعدة القانونية ليست موجهة إلى شخص معين بالذات ولا تخص واقعة بعينها وذاتها، بل هي تذكر الأوصاف التي يتعين بها الأشخاص المقصودون بخطابها، والشروط التي يلزم توافرها في الوقائع التي تنطبق عليها، وكل شخص توافرت فيه هذه الصفات. وكل واقعة جمعت هذه الشروط انطبقت عليها القاعدة القانونية[1].

ومثال ذلك: القاعدة القانونية التي تقضي بأن سن الرشد في مصر. هي إحدى وعشرون سنة ميلادية، فهذه قاعدة عامة بالنسبة إلى الأشخاص المخاطبين بحكمها، وينصرف حكمها على كل من يبلغ هذه السن، وهي موجهة إلى فئة من الأفراد غير متناهية في عددها ، ومعينة بأوصافها لا بذواتها[2].

وإذا كانت القاعدة القانونية عامة ومجردة من حيث الأشخاص المخاطبين بحكمها ، فإنها تتميز عن الأوامر أو القرارات الفردية الخاصة بفرد معين بذاته.

---

[1] د. عبد المنعم البدراوي – ص ١٨، د. عبد الرازق فرج – ص ٥، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ١١.

[2] د. عبد الرازق فرج – السابق – ص ٦.

وذلك كالقرار الإداري الصادر بتعيين موظف معين، والعمل التشريعي الصادر بمنح الجنسية إلى شخص معين بالذات، فهذا العمل التشريعي - رغم صدوره من السلطة التشريعية - إلا أنه لا يحمل صفة القاعدة القانونية، لأنه يخص شخصاً معيناً بالذات، وكذلك الحكم الصادر من القضاء بإلزام شخص بعمل معين[1]، فهي تتعلق بشخص معين وتنتهي بمجرد تطبيقها أو تنفيذها بالفعل، ولكن القاعدة القانونية تبقى حتى بعد تطبيقها لتحكم حالات معينة لا يمكن حصرها سلفاً ومع ذلك، فإن تلك القواعد يمكن أن تكون قواعد عامة إذا وجهت إلى شخص معين بصفته لا بذاته، إذ العبرة ليست بعدد من تتوجه إليهم القاعدة القانونية، بل بصفتهم ومن ذلك القواعد التى تطبق على طائفة الموظفين أو المحامين ، أو القضاة أوأعضاء النيابة، أو التجار، ففى هذه الحالات وأمثالها تنطبق القاعدة القانونية على فئة معينة من الأشخاص بصفاتها وليس بذواتها.

وقد تتوجه القاعدة إلى شخص معين، كتلك التى تنظم مركز رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الدولة، أو رئيس محكمة النقض، أو الأمين العام للأمم المتحدة ، ومع ذلك ، فإنها لا تتوجه إلى هؤلاء الأشخاص بذواتهم. بل بصفاتهم ، أي أنها تتوجه إلى كل من يشغل المنصب سواء أكان فى الحاضر أم فى المستقبل[2].

وعموم القاعدة القانونية لا يعنى أنها يجب أن توضع لزمن غير محدد. فهناك قواعد قانونية لا توضع إلا لتطبق مدة معينة، كالقوانين الصادرة بإعلان الأحكام العرفية، وما يصدر تطبيقاً لها، فهى معدة للتطبيق فقط فى فترات معينة كفترة الحرب.

ومن ناحية أخرى فإن صفة العموم لا تستلزم أن تكون القاعدة القانونية واجبة التطبيق فى كل إقليم الدولة. فقد يصح أن تنفرد أجزاء معينة من إقليم

---

(1) د. عبد المنعم البدراوى - ص ١٩.

(2) د. عبد الرازق فرج - ص ٦.

الدولة بنظام قانونى خاص، وذلك فى حالات استثنائية يغلب أن تكون مؤقتة، وهذا ما حصل – مثلاً – بالنسبة لإقليم الإلزاس عند ضمه إلى فرنسا بعد الحرب العالمية الأولى، فقد ترك له نظامه القانونى الخاص، بل أن هذه الظاهرة موجودة فى الدول التعاهدية، كالولايات المتحدة الأمريكية، حيث احتفظت كل ولاية بسلطة التشريع فى مسائل القانون الخاص[1].

أهمية عموم القاعدة القانونية وتجريدها:

ولا شك أن التجريد والعموم في القاعدة القانونية، يؤديـــان إلـــى تحقيـــق المساواة بين أفراد المجتمع، تلك المساواة التى تقوم على أساس من العدل الـــذي يؤخذ فيه بالوضـــع الغالب بالنسبة لجميع الأشخـــاص ، لا على أســـاس العدالـــة التى ينظر فيها إلى ظروف كل شخص على حدة، إذ تنطبق القاعدة على الأشخاص المتماثلين، والوقائع المتماثلة حكماً، ويضطرد انطباقها فى كل مرة على النســـق الذى طبقت به من قبل، كما أنه يبعـــد القـــانون عـــن أن يكـــون أداة للتعســـف والتحكم[2].

ثانياً: القاعدة القانونية لا تحكم إلا السلوك الظاهر:

من المعلوم أن القانون يوجد بوجود المجتمع. ومن ثم كان لازماً لتنظيم ما ينشأ بين أفراد هذا المجتمع من علاقات وروابط. وهذه الروابط تستلزم قيام مظهر خارجي لسلوك الأفراد، هذا السلوك الظاهر، هـــو موضـــوع القـــاعدة القانونيـــة وهدفها.

ومن ثم فإن القانون ليس مطالباً بأن ينفذ إلى مـــا اســـتقر فـــى النوايـــا والصدور ما دامت هذه النوايا لم تظهر إلى العالم الخارجي بأفعال مادية ظاهرة. أياً كانت الصورة التى تظهر بها هذه الأفعال.

---

(1) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٢٠.

(2) د. عبد الرازق فرج – ص ٦.

أما ما يستقر في الضمير، وما يكمن في النفس، فلا شأن للقانون به. وإن كان ذلك يعني بعض القواعد القانونية الأخرى، كقواعد الدين، وقواعد الأخـــلاق، فمثلاً مجرد التفكير في ارتكاب جريمة والتصميم عليها، لا يقع شئ من ذلك تحـت طائلة القانون ما دام أن ذلك التفكير لم يظهر في الخارج بأعمال مادية ظاهرة تدل عليه، أو ما دام أن الشخص لم يبدأ على الأقل في تنفيذ ما عقد نيته عليه.

ومع ذلك، فإنه إذا كان القانون لا يحكم إلا السلوك الظاهر، فإنه إذا اتخـذت النية شكلاً خارجياً، أو تصرفاً ظاهرياً يمكن أن يدل عليها، فإنها يمكن أن تكـــون ذات تأثير في تغيير وصف العقوبة إلى التشديد، وذلك كما في حالة القتل مع سبق الإصرار والترصد، أو القتل بالسم، فإن طريقة القتل في هاتين الحالتين ، تكشــف عن وجود النية وتدل عليها، ومن ثم ترتفع العقوبة إلى أقصى درجاتـــها فيحكــم بالإعدام، ومع ذلك فإن النية وحدها لا تكفي ، وإنما لا بد أن تقترن بسلوك ظاهري يدل عليها[1].

ثالثاً: القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية:

والغرض من القاعدة القانونية هو تنظيم العيش في الجماعة. فإذا لم توجد الجماعة فلا محل لوجود القانون، لأن الإنسان اجتماعي بطبعه يولد في مجتمع ولا يعيش إلا فيه، وعن طريق تلك المعيشة المشتركة يكون من الضـــروري وجـود القواعد القانونية التي تحمي حقوق الأفراد وتبين واجباتهم.

والقواعد القانونية لا توجد إلا في مجتمع متطور، تقوم على رأسه هيئـــة عليا ذات سيادة تقود زمامه، وتفرض هذه القواعد قسراً، ويكون لها إجبارهم على احترام أحكام القانون، ولكن ليس معنى ذلك أنه يشترط لوجود القواعد القانونيـــة وجود الدولة بالمعنى الحديث ، لأن تاريخ القانون يدل على وجود قواعد قانونيـــة في عهد القبيلة ، يتولى شيخها تطبيقها ، وكان للإقطاعيات قواعد قانونية يســتبد

---

(1) د. سليمان مرقس – فقرة ٩؛ د. عبد الرازق فرج – ص ٧، د. جميل الشرقاوي – ص ٨ وما بعدها، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٤ وما بعدها.

الأمير بتطبيقها، ولهذا كان القانون أسبق في الوجود تاريخياً من وجود الدولة بمعناها الحديث.

ويترتب على كون القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية أن يختلف القانون من عصر إلى آخر ومن دولة إلى أخرى، بل وقد يختلف في البيئة الواحدة من عصر إلى عصر، فهو يتطور بتطور المجتمع، حتى يستجيب لحاجاته الجديدة، ويساير اتجاهاته المستحدثة، ومن أجل هذا نجد المشرع يتدخل من وقت إلى آخر، فيعدل في القانون أو يغير فيه بما يتلاءم مع الظروف الجديدة في المجتمع[1].

رابعاً: القاعدة القانونية مقترنة بجزاء مادي:

ومما تتسم به القاعدة القانونية، أنها ملزمة. وأساس هذا الإلزام يتمثل في اقترانها بجزاء مادي توقعه السلطة العامة على من يخالفها، ومؤدى إلزام القاعدة القانونية بالجزاء، أنه يجب على الأفراد أن يحترموا تلك القاعدة رغماً عنهم. فلا يكون لهم اختيار في هذا الاحترام يجعل وجوده رهناً بمشيئتهم. ولولا وجود الجزاء في القاعدة القانونية ما لقيت احتراماً من أحد، فلم يوجد بعد ذلك الصنف من البشر الذي يحترم القانون حباً فيه، أو عشقاً للمقاصد السامية التي يدعو إليها ومنها إقامة العدل والانتصار للحق، وإعلاء القيم، والارتقاء بالآداب والمحافظة على النظام العام، فإن الأغراض الشخصية والمصالح الذاتية غالباً ما تطيح بكل تلك المعاني فينتصر الشح في النهاية. وتعلو أنانية الفرد على مصالح ما سواه. ولهذا كان الجزاء هو العاصم من ذلك، لأنه هو الذي يردع. وهو الذي يجبر على الاحترام، مع أن الأصل في القانون أن يحترم لذاته وأن يكون تنفيذه نابعاً من حرية الأفراد واختيارهم.

---

(1) د. عبد الرازق فرج – ص٩.

المقصود بالجزاء ، ضرورته وخواصه :

الجزاء – إذن – هو النتيجة، أو الأثر المترتب على مخالفة القاعدة القانونية، والغرض منه هو الضغط على إرادة الأفراد حتى يمتثلوا لأوامر القانون نواهيه، واحتياطاً يؤدى الجزاء – عند وقوع السلوك المخالف للقانون – إلى إزالة الآثار المترتبة على هذا السلوك وإصلاحها والجزاء لازم لإقرار النظام داخل المجتمع، وتلك هي وظيفته التي لا يمكن تحقيقها إذا تركنا لكل فرد حريته في الخضوع لقواعد القانون أو عدم الخضوع لها.

ويتميز الجزاء في القاعدة القانونية بأنه حال غير مؤجل، يطبق في الحيلة بمجرد وقوع المخالفة، وبأنه مادي أو حسي؛ أي أن له مظهراً خارجياً وليس مجرد جزاء معنوي، ومن ناحية ثالثة فإن الجزاء في القاعدة القانونية توقعه السلطة العامة.

وهو من هذه النواحي الثلاث يختلف عن الجزاء المترتب على مخالفة قواعد السلوك الاجتماعي الأخرى، كقواعد المجاملات أو مبادئ الأخلاق، أو أحكام الدين ، ذلك لأن الإخلال بهذه الأخيرة يستتبع جزاء من نوع آخر، ومن طبيعة أخرى، لأن كثيراً من جزاءات الدين مؤجلة للآخرة، ومبادئ الأخلاق لا يترتب على مخالفتها جزاء حسي مادي، بل جزاء معنوي ، هو استهجان المجتمع، وكذلك الأمر فيما يتعلق بقواعد المجاملات[1].

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – مبادئ القانون – ص ١٩ – طبعة ١٩٧٢ – مكتبة وهبة.

تطـور الجــزاء:

وقد شهد الجزاء تطوراً انتهى به فى المجتمعات الحديثة لأن يكــون بيـد الدولة، لأن الدولة بما تملك من سلطات، هى التى تكفل حماية القواعد القانونيـة وتستطيع مجازاة كل مخالف لها، أما فى المجتمعات البدائية، فقد كان الأمر متروكاً للفرد، فهو الذى يقتضى حقه بيده ومعنى ذلك أن الأمر كان متروكاً للقوة، فالأقوى كان هو صاحب الغلبة، وكثيراً ما كانت الأسرة أو العشيرة تعلـن تضامنـها مـع الفرد، وهو ما كان يؤدى إلى وقوع الحروب بيـن الأسـر والعشـائر والقبـائل المختلفة.

وكان من المستطاع تفادى الانتقام من الخارج على القانون بالاتفاق علـى دية يدفعها مرتكب الفعل المخالف للقانون، فإذا ارتضى دفعها، وقبلـها المعتـدى عليه أو أسرته انتهى الأمر فى سلام، وإلا كانت القوة هى البديل للحصول علـى الحق.

ومع ازدياد قوة السلطة العامة وقوة الدولة ألغى نظـام الانتقـام الفـردي وألزمت الدولة المعتدى عليه بقبول الدية، فأصبحت إجبارية تفرضها الدولة وتحدد قدرها ثم انتقلت مهمة تنفيذ القانون وتوقيع الجزاء على من يخرج عليه. من يـد الفرد إلى يد الدولة، فهى التى تعاقب مرتكبي الجرائم، وهى التى تمكـن صـاحب الحق من الوصول إليه ومن رد الاعتداء عليه.

ولم يبق فى الوقت المعاصر من آثار حق الانتقام الفردي إلا الحالة التـى لا تستطيع فيها السلطات العامة أن تتدخل فى الوقت المناسب لرد الأعتـداء. وهـى حالة الدفاع الشرعي: أى رد الاعتداء غير المشروع على النفس أو العـرض أو المال بالقوة المناسبة، فإذا هدد الإنسان فى تلك المصالح الضرورية بخطر محدق. كان له الحق فى رد هذا الاعتداء بالقوة وذلك بالطبع أمر غريزي . كمـا أنـه لا

ينطوي على خطورة بالنظام العام، حيث يستحيل أن تتدخل الدولة لرد الاعتداء في الوقت المناسب[1].

صـــور الجـــــزاء:

وتتعدد صور الجزاء بتعدد فروع القاعدة القانونية التي تقع المخالفة لـها، فهناك الجزاء الجنائي الذي يترتب على مخالفة القانون الجنائي، وهي العقوبات بأنواعها وهناك الجزاء المدني، وهي التي ينظمها القانون المدني للخروج على أحكامه، وهناك الجزاءات الإدارية التي تترتب على مخالفة القانون الإداري ، كفصل الموظف، أو حرمانه من الترقية مثلاً، أو توقيع عقوبة اللوم والإنذار أو الخصم من مرتبه، ويحسن بيان ذلك:

(١) الجـــزاء الجنائي:

يعتبر الجزاء الجنائي من أشد صور الجزاء، وهو ما يرتبه القانون كنتيجة يتعرض لها من يرتكب فعلاً من الأفعال التي يحرمها، أو هو العقوبة المقررة للجرائم المختلفة، والجريمة فعل غير مشروع يمثل اعتداء على النظام في المجتمع، ولو كانت في نفس الوقت تكون اعتداء على حق خاص ولهذا، فإن الجريمة لا تقاس بمقتضى الحق المعتدى عليه وقيمته. بل بقدر ما تنطوي عليه من إخلال بنظام المجتمع[2].

وظيفة العقوبة الجنائية:

وللعقوبة الجنائية وظيفتان هما: المنع والزجر معاً، ذلك أن الخوف من العقوبة يمنع الأفراد – غالباً – من ارتكاب الجرائم، فإذا ما وقعت الجريمة تعرض مرتكبها للعقاب حتى لا يعود إليها، وحتى يكفر عن جرمه ويكون عبرة لغيره.

---

(1) المرجع نفسه – ص ٢١.

(2) المرجع نفسه – ص ٢٢، د. حسن كيرة – السابق، د. جميل الشرقاوي – السابق، د. عبد الناصر توفيق حسن فرج – السابق.

وهذه الوظيفة للجزاء الجنائى تختلف عنها فى الجزاء المدنى، لأن الجزاء المدنى يراد به حماية حق خاص عن طريق جبر آثار الاعتداء عليه، أما الجزاء الجنائى فيراد به معاقبة من يخرج على النظام الاجتماعى، ولهذا كانت العقوبة فيه حقاً للمجتمع، أما فى الجزاء المدنى فإنها حق للفرد.

ومن الجرائم ما يعتبر اعتداء على الصالح العام وحده فى المجتمع، كالخيانة العظمى، وتزوير الأوراق الرسمية، ولكن معظم الجرائم تعتبر اعتداء على حق الفرد وعلى حق المجتمع فى آن واحد معاً، وذلك مثل جريمة السرقة، وجريمة القتل، وجريمة إتلاف مال الغير عمداً، وفى هذه الحالة يتولد عن الجريمة جزاءان جزاء جنائي، وجزاء مدني.

أما الجزاء الجنائي: فهو رد الفعل الذى يوقعه المجتمع على من يخرج على النظام فيه، وهذا الجزاء يتنوع إلى عقوبات مختلفة، منها العقوبة البدنية كالحبس، ومنها العقوبة المالية كالغرامة، ولما كان هدف توقيع الجزاء هنا هو الدفاع عن المجتمع، فإن الذى يملك توجيه الدعوى لتوقيع العقاب هو من يمثل المجتمع وهى النيابة العامة، وتسمى الدعوى التى تمارسها فى تلك الحالة بالدعوى العمومية أو الجنائية، والقضاء الذى يطبقها هو القضاء الجنائى.

وأما الجزاء المدنى المترتب على الجريمة، فهو الذى يقصد به إصلاح الضرر الذى تسبب عنها، وتعويض المضرور عما أصابه من ضرر بسببها. فهو يتوجه إلى القضاء بتوقيع هذا الجزاء المدني، وتسمى الدعوى بالدعوى المدنية، وأساسها الحق الخاص، ويختص بنظرها القضاء المدنى.

على أنه يجوز للفرد فى حالة ما إذا كان الاعتداء على حقه يكون جريمة، أن يتقدم إلى القضاء الجنائى بدعواه المدنية، وذلك تبعاً للدعوى الجنائية التى ترفعها النيابة العامة، وهذا ما يعرف بالإدعاء المدنى، وفى تنظيم هذا الحق تقضى المادة (٢٥١) إجراءات جنائية بأنه: لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بحقوق مدنية.

فإذا كانت الجريمة سرقة، فإنه ينشأ عنها حقان، حق المجتمع في توقيع العقاب، وحق المجني عليه في استرداد الأشياء المسروقة، أو المطالبة بالتعويض عنها، ولهذا الأخير أن ينتظر صدور الحكم الجنائي ثم يرفع دعواه المدنية بالاسترداد أو التعويض أمام المحاكم الجنائية، وله أن يتدخل أمام المحكمة الجنائية التي تنظر دعوى السرقة مطالباً بالاسترداد أو بالتعويض ، وكذلك الأمر في كافة الجرائم التي يضار منها المجني عليه ، وذلك كالقتل والجرح.

(٢) الجـــزاء المدني:

والجزاء المدني هو الذي يوقع على من يخالف قاعدة تحمي مصلحة خاصة أو حقاً خاصاً . وتتولى نصوص القانون المدني، والقانون التجاري بتنظيم هذا الجزاء ، وهو يتنوع إلى أنواع هي:

(أ) الجـــزاء المباشـــر:

ويقصد به جبر الفرد على أن يقوم بما لم يقم به مختاراً، كالحكم على من يحوز مالاً مملوكاً لغيره بدون وجه حق أن يرده إليه، والحكم بطرد المستأجر من العين المستأجرة بعد انتهاء مدة الإيجار ، ومن ذلك، التنفيذ جبراً على أموال المدين بمبلغ من النقود لكي يستوفي الدائن حقه من حصيلة بيعها.

(ب) الجـــزاء العيني:

ومفاد هذا النوع من الجزاء يتمثل في أن يقوم المدين بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع المخالفة، أي عدم الاعتداء بالعمل المخالف للقانون. وإزالة المخالفة قد تكون عملاً مادياً مثل هدم بناء أقيم في أرض مملوكة للغير. وقد تكون إزالة المخالفة بتقرير البطلان، أي إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد. وعدم الاعتداء بأي أثر للتصرف الذي وقع مخالفاً للقانون، وذلك كما لو تم الرهن بشكل غير رسمي، وبالمخالفة لما نص عليه القانون، وكذلك الأمر فيما يتعلق بهبة العقار ، حيث يترتب على عدم مراعاة هذا الشكل اعتبار التصرف كأن لم يكن.

ومن تطبيقات هذه الصورة من صور الجزاء، عدم الاعتداد بالعمل المخالف للقانون، وذلك بعدم نفاذ التصرف في مواجهة الغير، ويقصد به أن يكون التصرف منتجاً لأثره فيما بين طرفيه، لكن تلك النتيجة لا تكون حجة في مواجهة غيرهما. إذا خالف ما يستلزمه القانون من إجراء، فمثلاً يستطيع الدائن أن ينقل حقه إلى غيره عن طريق الحوالة، ولكي تنفذ الحوالة في حق المدين ويصبح مسئولا عن الوفاء للمحال بالحق وليس للدائن أن يقبل هذا المدين الحوالة أو يعلن بها، فإذا لم يتحقق ذلك لا تنفذ الحوالة في مواجهته، وإن كانت قد تمت فيما بين الدائن المحيل، والمحال الجديد.

(ج) الفسـخ:

والفسخ جزاء مدني يقصد به إعادة الحالة إلى ما كانت عليه من قبل، وفيه نجد أن التصرف قد ينعقد صحيحاً من جميع الوجوه، ولكن يقع بعد نشوئه ما يحول دون تنفيذه فيقضى بفسخه ويتحلل الطرفان من آثاره ويعودان إلى حالتهما قبل التعاقد، ففي عقد البيع – مثلاً – إذا لم يقم البائع بتسليم المبيع، يكون للمشترى حق فسخ العقد، وقد يقوم بهذا الفسخ البائع إذا لم يقم المشترى بدفع الثمن.

(د) التعويـض:

ويمكن أن يكون الجزاء المدني في صورة تعويض الذي يتخذ في الغالب شكل مبلغ نقدي يدفع لإصلاح الضرر أو جبراً لخاطر المضرور، وقد يكون التعويض هو الجزاء الأصلي، وذلك كما في حالة التعويض الذي يلزم به صاحب سيارة عن إصابة تسبب فيها للغير فأضر بشخصه أو ماله. وقد يكون التعويض بديلاً للجزاء الأصلي إذا أصبح متعذراً أو مستحيلاً وقد يكون جزاء مكملا. وذلك كما في حالة الحكم على من يحوز أرضاً بغير حق بردها، وبالتعويض عن حرمان مالكها منها في مدة الحيازة بغير حق.

(٣) الجــــزاء الإداري:

وأما الجزاء الإداري ، فإنه يتمثل فيما تقوم السلطة الإدارية بتوقيعه علــى من يخالف قواعد القانون واللوائح، أو عدم إطاعة أوامر الرؤساء.

ومن هذه الجزاءات: الإنذار والخصم من المرتب، والفصل مــن الخدمــة. ويلاحظ أن القانون الإداري ليس له نصوص خاصة يرجع فيها إلى وصف المخالفة وبيان الجزاء المقرر لها وإنما هو - كما يقولون - قانون الإبداع، حيــث يعتمــد التوصيف للمخالفة فيه على استنباط الحكم من المبادئ العامة للقانون، وذلك على هدى قواعد المستقرة في القوانين السارية مثل القانون المدني، والقانون الجنائي. وقانون المرافعات المدنية والتجارية، والإجراءات الجنائية. إضافة إلــى المبــادئ التي استقرت عليها محاكم مجلس الدولة، والمحاكم العليا، مثل محكمة النقــض. والإدارية العليا والدستورية.

الفصل الثانى

تفريد القواعد القانونية عن غيرها

القاعدة القانونية تستهدف تنظيم سلوك الأفراد فى المجتمع، ولما كان شأنها كذلك، فإنها قد تختلط بغيرها من القواعد الاجتماعية التى تشترك معها فى تلك الغاية، مثل قواعد المجاملات والعادات والتقاليد، وقواعد الأخلاق، ومبادئ الدين، حيث تشترك تلك القواعد مع القانون فى تنظيم السلوك، كما أنها تتسم بنوع من الإلزام الذى يضمن لها احتراما فى مجال التطبيق، إلا أنها مع ذلك التشابه تختلف عن القاعدة القانونية من بعض الوجوه وذلك كما يلى:

أولا: القواعد القانونية، وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد:

وقواعد المجاملات والعادات والتقاليد يقصد بها تلك المبادئ التى يرعاها الناس فى علاقاتهم اليومية بسبب تعارفهم عليها وتواضعهم على احترامها، لأنها - فى نظرهم - تعتبر من تقاليد المجتمع، وذلك مثل المواساة فى الكوارث، والمشاركة فى السراء بالتهانى، والمشاطرة فى الضراء بالتعازى، وتلبية داعى المكروب، وإجابة طالب النجدة والملهوف، وغير ذلك مما تعارف عليه المجتمع من العادات والتقاليد، ومن ذلك ارتداء أزياء معينة فى المناسبات[1]. وتبادل السلام والتحية عند اللقاء، فهذه القواعد تؤثر - لا شك - فى السلوك ويشعر الناس نحوها باحترام بالغ يدفعهم إلى الحرص عليها والمواظبة على فعلها. وذلك خوفا من تأنيب الضمير، أو الشعور المؤلم بمخالفة ما تعارف عليه الناس، بيد أنه يبقى الجزاء عن عدم الفعل مختلفا ، فهو فى القاعدة القانونية، جزاء قانونى حالى ومؤلم وينفذ جبرا، أما هنا فإنه لا يتعدى مجرد الاستهجان، واستنكار الناس لمن يخرج على تلك القواعد.

---

(1) د. عبد الرزاق حسن فرج - ص ١٢، د. عبد المنعم البدراوى - فقرة ٢٧، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ١٥.

ثانيا: القواعد القانونية وقواعد الأخلاق:

وكلمة الأخلاق كلمة جامعة، تشمل كافة معانى الخير الملازمة للسلوك، والتى تعبر عن ضمير الجماعة فى المحافظة عليها واستهجان من يخالفها، وهذه القواعد تهدف إلى تحقيق الفضائل ومحاربة الرذائل، وتنمية معانى الخير فى المجتمع كالوفاء بالعهد، ونجدة المكروب، والمحافظة على قيم الحياة وأصولها، كالدين والنفس والعرض والمال.

والأخلاق بهذا المعنى الجامع تعتبر غاية دينية وإسلامية، فقد بعث النبى – صلى الله عليه وسلم – ليتمم مكارم الأخلاق، كما أن الأخلاق الكريمة صفة من صفاته وسمة من سمات حياته التى وصفه بها ربه حين قال له فى محكم كتابه: "وإنك لعلى خلق عظيم[1]".

(١) أوجه الشبه بين الأخلاق والقانون:

وهناك أوجه شبه واضحة بين القاعدة القانونية، والقاعدة الأخلاقية، لأن كلاً منهما يعتبر قاعدة عامة يتوجه الخطاب بها إلى كافة أفراد المجتمع. كما أن كلاً منهما ملزمة وتقترن بجزاء يوقع على من يخالفها، وتستهدف تنظيم العيش فى المجتمع وتوجيه سلوك الأفراد تجاه غايات محددة من أجل رقيه وسعادته. وسعيه نحو الأهداف التى يتوخاها.

(٢) أوجه الاختلاف بين الأخلاق والقانون:

ومع وجود ذلك التشابه الكبير بين القانون والأخلاق. إلا أنه يظل الفرق بينهما واضحاً من عدة أمور هى:

---

(١) سورة القلم – آية ٤.

(أ) اختلاف الجزاء في كل منهما:

إذا كانت القاعدة الأخلاقية كالقاعدة القانونية في الاقتران بجزاء يجعل كلا منهما ملزمة وحرية بالاحترام والتقدير من المجتمع، إلا أن هذا الجزاء يختلف في كلا القاعدتين فهو في القاعدة القانونية جزاء مادي، مثل الحبس، والحجز على مال المدين، وفصل الموظف أو توجيه اللوم إليه، أو الخصم من راتبه. وتقوم السلطة العامة بتوقيعه على كل من يخالف أحكام القانون، أما في القاعدة الأخلاقية، فإن الجزاء أدبي أو معنوي يتمثل في تأنيب الضمير، واستنكار المجتمع لمن يخالف قواعد الأخلاق فيه ، لكن لا توجد سلطة عليا تلزم الأفراد باحترام القواعد الخلقية.

(ب) اختلاف الغاية في كل منهما:

ولا يقتصر أمر الخلاف بين كل من القاعدة القانونية والقاعدة الأخلاقية على تباين الجزاء في كل منهما، بل أن ثمة وجها آخر من وجود الخلاف بينهما هو اختلاف الغاية، ذلك أن غاية القاعدة القانونية نفعية، أي تبتغيا نفع المجتمع وحماية مصالحه والمحافظة على حقوقه، أما الغاية في الأخلاق، فإنها غاية مثالية تستهدف النزوع بالمجتمع جهة السمو والكمال.

(ج) مصدر الإلزام في كل منهما:

كما أن هناك خلافا بين القاعدة القانونية، والقاعدة الأخلاقية في مصدر كل منهما، وهذا المصدر في القاعدة القانونية يعتبر محددا واضحا إما بنص أو عرف أو حكم مقرر في التشريع الإسلامي، أما في القاعدة الأخلاقية، فإن هذا المصدر غير محدد. لأنه يتمثل في ضمير الأفراد وسلوكهم، وهو مما يعتريه التغير بحسب الأشخاص، وبحسب الأزمان[1].

---

(1) في هذا المعنى: د. عبد الرزاق فرج – السابق – ص ٥١.

(د) من حيث الاعتداد بالنوايا والسلوك الظاهري:

نجد أن هذا يشكل فارقاً بين القاعدة القانونية، والقـــاعدة الأخلاقيـــة، لأن الأولى لا تهتم إلا بالسلوك الظاهري، ولا تتعلق إلا به، ولا تنظم سواه. وهذا أمـــر عادي، لأن الذين وضعوا تلك القاعدة من البشر، وليس لديهم القدرة على الغوص في نفوس الناس وتعقب ضمائرهم ونواياهم، فهذه من اختصاص الله - تعـــالى - الذي خلق الخلق ويعلم ما يسرون وما يعلنون، ولذلك فإنه - سبحانه - وحده هـــو القادر على أن يعلم ما تنطوي عليه جوانح الإنسان. أما البشر فليس لديهم القدرة على ذلك.

أما قواعد الأخلاق، فإنها تركز على الضمير لتسمو به، وليكون ذلك السمو دافعا لتهذيب السلوك وترقيته والنهوض به، لأن غاية الأخـــلاق هـــي الوصـــول بالإنسان نحو الكمال، وإن كان ذلك الكمال ليس من الدنيا، ولا من طبيعتـــها. ولا هو شئ يدرك ولكن من عظمة هذا الكمال أن استمرار العمل له هو إدراكه.

صلة الأخلاق بالقانون:

ورغم وجود ذلك التباين بين القاعدة القانونية، والقاعدة الأخلاقية، فإنـــه لا يمكن القول، بأن ثمة انفصالاً بين القانون والأخلاق، لأن الغايات التـــي يتوخاهـــا القانون، ومنها ما يتعلق بالمحافظة على أموال الناس ودمائهم وأعراضهم. وأداء الأمانة والبعد عن الكسب الحرام كالسرقة والاختلاس والرشوة، وما يدعـــو إليـــه القانون من الوفاء بالعهود واحترام المواثيق، والبعـــد عـــن الغـــش والخديعـــة. والاحتيال والنصب، كل هذه الغايات القانونية في حد ذاتها غايات أخلاقية.

إلا أنه رغم ذلك التوحد في الغايات بين القانون والأخلاق. يبقى للأخـــلاق مجالها الخاص في بعض المواطن التي لا ينازعها فيها القانون. وذلك كـــالصدق.

ونبذ الحقد والكراهية والضغينة، فهذه الأمور وغيرها تعتبر ساحة أخلاقية خالصة بعيدة عن إلزام القانون ومجال عمله[١].

ثالثاً: مبادئ القانون وأحكام الديـــن:

الدين هو ما شرعه الله – تعالى – لعباده على يد أنبيائه ورسله من لـــدن آدم – عليه السلام – وحتى نبينا محمد – صلى الله عليه وسلم – وهذا الدين قـــد نزل على هيئة شرائع تختلف باختلاف ما يبعث به كل رسول أو نبي إلى قومـــه، لأن شرائع السماء قد تعهدت انحرافات هؤلاء الناس بالتقويم والتصحيح. وإرشـاد الناس إلى الطريق الصحيح. ورغم اختلاف الشرائع التي يتألف منها الدين، تلـك الاختلاف الذي أشار إليه قول الله – تعالى –: "شرع لكم من الدين ما وصـــى بـه نوحا والذي أوحينا إليك وما وصينا به ابرهيم وموسى وعيسى أن أقيموا الديـــن ولا تتفرقوا فيه[٢]"، إلا أن تلك الشرائع تتفق فيما بينها على حمايـــة مقومـــات الحياة الأساسية التي لا يمكن لأي مجتمع أن يعيش سعيداً هانئاً بدونها أو بـــدون واحدة منها، وهذه المقومات هي:

المحافظة على الدين، والمحافظة على النفس. والمحافظة علـــى العـرض، والمحافظة على العقل، والمحافظة على المال، فهذه المقـــاصد. أو الضـــرورات لا تختلف فيها الشرائع، ولهذا تسمى: مقاصد الدين، وإنما يقع الخلاف في الفـــروع التي تتوخى المحافظة على تلك الأصول، وبحسب ما يناسب كل زمان ومكان، حتى ختم الله تعالى – رسالات السماء برسالة محمد بن عبد الله – صلـــى الله عليـه وسلم – فصارت تلك الرسالة علماً على دين الله وتجسيداً لكل شرائع السماء. وهي المهيمنة عليها، والمبينة لما يريده الله – تعالى – من خلقه إلى يوم الدين (٢)

---

[١] د. توفيق فرج – ص ٢٥ وما بعدها؛ د. عبد الرزاق فرج – ص ١٦؛ د. جميل الشرقاوي – ص ٣٣؛ د. منصور مصطفى منصور – ص ٢١.

[٢] من الآية ١٣ من سورة الشورى.

والدين كرسالة سماوية يمثل تنظيما شاملا لكل علاقات الإنسان وروابطه وصلاته، ومن تلك الروابط والصلات، صلته بربه، وما تقتضيه تلك الصلة من واجبات تشغل بها ذمته، وفاء لحقوق الله وهي العبادات، ذلك أن الصلة في العبادات بين العبد وربه، تقوم على الخضوع التام، والامتثال المطلق، والتجسيد الكامل لمعنى العبودية، وفي هذا المجال يقع الواجب كله في ذمة العبد، أما الله تعالى، فإنه لا يجب عليه شيئ، سبحانه وتعالى هو الواحد الأحد، الفرد الصمد الذي لم يلد ولم يولد ولم يكن له كفوا أحد، إن أثاب فبفضله، وإن عاقب فبعدله، لا يجب عليه شيئ، ولا يسأل عما يفعل، وهم يسألون.

وإذا كانت العبادات تقوم على فكرة الواجب الطرفي بجانب العبد، ولا تقوم على فكرة الواجب التبادلي، الذي يعني أن كل حق يقابله واجب في ذمة الطرف الآخر، فإنها بهذا المعنى تختلف عن بقية الصلات والروابط، حيث تتبادل فيها الحقوق وتتلازم الواجبات، ويتجلى ذلك واضحا في المجالات الأخرى التي ينظمها الدين، وهي علاقة الإنسان بمجتمعه، وعلاقته بأفراد هذا المجتمع، كما تنظم - أيضا - علاقته بنفسه فإن للنفس على صاحبها حقوقا، منها المحافظة عليها، وعدم الزج بها في المهالك وعدم ظلم النفس، وهكذا كان تنظيم الدين شاملا لكافة العلاقات، ومختلف الروابط وكان مجاله أوسع من مجال القانون لذلك.

ولا يمكن المراء في أن الدين يتضمن قواعد منظمة لسلوك الأفراد في المجتمع، وأن تلك القواعد ملزمة ومقترنة بجزاء يضمن لها الاحترام والتنفيذ. لكن يبقى - مع ذلك - فرق، بل فروق، بين قواعد الدين وقواعد القانون كما يلي:

(١) اختلاف المصدر:

مما لاشك فيه، أن اختلاف المصدر في كل من القاعدة الدينية، والقاعدة القانونية يمثل فرقا جوهريا بينهما، وفي هذا المجال يمكن القول : إن مصدر القاعدة الدينية سماوي يتمثل في كتاب الله - تعالى - وسنة نبيه - صلى الله عليه وسلم - وإجماع علماء الأمة، والقياس وغير ذلك من الأدلة المختلف فيها.

أما المصدر فى القاعدة القانونية فإنه وضعى، أى نص قام أهـــل الـرأى والنظر فى المجتمع بوضعه وذلك لتطبيقه على الوقائع التى تدخل تحت حكمـه، أو عن طريق إلحاق واقعة غير محكوم فيها بواقعة مشابهة سبق الحكم فيها، فتعطى مثل هذا الحكم، والاتجاه الأول يعرف بالاتجاه اللاتينى الذى يقوم على تقنين المواد وتطبيقها، أما الاتجاه الثانى، فإنه يمثل الاتجاه الأنجلوسكسونى، وهو المعـــروف بنظام السوابق القضائية ، وهو مطبق فى انجلترا وأمريكا، واختلاف المصدر فـى كلا الاتجاهين يمثل وجهاً قوياً من وجوه الاختلاف بينهما.

(٢) اختلاف الجـــــزاء:

والجزاء مختلف - كذلك - فى القاعدة القانونية عنه فى القاعدة الدينيـــة. فإذا كان الجزاء فى الأخيرة يمكن أن يتنوع إلى جزاء دنيـــوى حــالى، وجــزاء أخروى مؤجل ليوم القيامة، يوم يقوم الناس لرب العالمين، فيحاسبهم علـــى مـا قدموا، ويجازيهم على ما فعلوا، فإنه فى القاعدة القانونية لا يكون إلا جزاء معجلاً فى الدنيا، ولا تعرف تلك القواعد الجزاء الأخروى المؤجل لما بعد الموت والبعث.

وكذلك الأمر فيما يتعلق بسلطة توقيع الجزاء، فإن تلك السلطة فى القـانون هى السلطة العامة القائمة على حفظ الأمن والنظام فى المجتمع، أما فى القـــاعدة الدينية، فإن الذى يقوم بالحساب وتوقيع الجزاء هو الله تعالى، ويتولى خلفاؤه فى الأرض من أولياء الأمور القائمين على حفظ الدين وسياسة الدنيـــا توقيـــع هـــذا الجزاء فى الدنيا، أما فى الآخرة فهو سبحانه القائم على كل نفس بمـــا كســبت. والمتولى لأمر عباده فى المحاسبة على كافة ما وقع منهم فى الدنيا.

(٣) اختلاف المحــــل:

ومحل القاعدة القانونية هو السلوك الظاهر، أما القاعدة الدينية فهى أوسع مدى لأنها تنظم السلوك الظاهر، والسلوك الخفى.

الصلة بين القواعد الدينية والقواعد القانونية:

ومع وجود ذلك الخلاف، فإن ثمة صلة وثيقة بين الدين والقانون، وهذه الصلة يمكن إجمالها فى أمرين:

أولهما: أن هناك بعض الجرائم المؤثمة فى الشريعة، وهى فى نفس الوقت مؤثمة فى القانون، على سبيل المثال: فإن قتل النفس التى حرم الله إلا بالحق، يعتبر جريمة فى التشريع الإسلامى ويعاقب عليها بالقصاص، وهو القتل عقابا لمن يقتل غيره عامدا متعمدا، وهذا الحكم لا يختلف فى مجمله عما هو مقرر فى القانون، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالسرقة، فإنها تمثل جريمة، وتعد عملا محرما شرعا، وتعاقب عليها الشريعة، كما يعاقب عليها القانون، وإن كانت الفكرة التى بنيت عليها العقوبة مختلفة فى كلا الاتجاهين، إلا أنه يبقى تلك التشابه العام بين التجريم والعقاب، والتماثل المطلق فى رعاية المصلحة المشمولة بحماية تلك السياسة العقابية المقررة فى كل من الشريعة والقانون.

وثانيهما: أن اتجاه القانون فى مقصده التشريعى العام يستلهم أحكام الدين فيما يقوم بتنظيمه من روابط الأفراد المختلفة، وفيما يسنه من عقوبات، وبناء على ذلك فإنه إذا اختلف حكمه اختلافا تاما مع قاعدة شرعية، أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية فإن هذا الحكم يفقد شرعيته، بل يفقد صلاحيته كنص قانونى ملزم.

وأساس ذلك أن الدستور ينص في مادته الثانية على أن الشريعة الإسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع، فإذا خرج نص عن هذا الإطار، فإنه يكون غير دستوري ، وقد كفل القانون للأفراد حق الطعن على هذا النص أمام المحكمة الدستورية العليا لتقضى بعدم دستوريته ومن ثم ينحى عن مجال التطبيق. وهكذا تقوم الصلة بين الدين والقانون على هذا النحو الواضح.

نطاق القانون فى تنظيم نشاط المجتمع

المبحث الأول

الأساس الفلسفى للقانون

غاية القانون الأساسية هى تنظيم سلوك الأفراد فى المجتمع بنصوص يفترض أن لها القدر الأوفى من الاحترام والتطبيق فى نفوس الناس، وأن من لم يخضع لحكم القانون اختياراً فإنه يخضع له إجباراً عن طريق إلزامه بالسلطة الجبرية فى المجتمع، والقانون مع ذلك يعتبر أداة فى يد الدولة تستطيع بها أن تفرض هيمنتها وتحكم سيطرتها وتوجه أهدافها فى المجتمع، وهنا يثور التساؤل عن مدى تدخل القانون لتنظيم شئون المجتمع ، وبتعبير آخر، ما هو المدى الذى يستطيع القانون أن يتدخل فيه ليتولى عن الأفراد تنظيم شئونهم وتوجيه تصرفاتهم؟، إن الإجابة عن هذا التساؤل مرهونة بالفلسفة السائدة فى المجتمع، أو بالفكر الذى يسيطر على أفراده، وما إذا كان ذلك الفكر جمعياً اشتراكياً، أو فردياً رأسمالياً، أو ما دون ذلك أو ما بينهما، وبيان ذلك كما يلى:

أولاً: المذهب الفردى:

تقوم فكرة المذهب الفردى على أساس أن الفرد هو قطب الدائرة فى ساحة نشاط المجتمع وأن كافة الأنظمة المعمول بها والقوانين السارية، يجب أن تكون رهن إشارته وطوع إرادته، ووفق خدمته، ومن ثم فإن القانون لا يجوز له أن يتدخل فى نشاط الفرد أو فى شئونه الخاصة إلا فى الإطار الذى لا يتصادم مع إرادته، ولا يجافى توجه رغبته، كما لا يجوز لهذا القانون أن يقيد حريته فى اختيار النشاط الذى يريده، أو فى تملك ما يقوى على تملكه من المال دون قيد أو حد، ولهذا يسمى هذا المذهب، بالمذهب الرأسمالي.

ورغم ما يضفيه النظام الفردى على حقوق الفرد، فإنه لا ينظر إليه على أنه كائن يعيش منعزلاً فى المجتمع، بل يتعامل على أنه كائن اجتماعى يعيش داخل جماعة، ويرتبط بعلاقات مع غيره من الأفراد الذين هم – مثله – موئل رعاية القانون ومحل اهتمامه، ولما كان النشاط الفردى لهؤلاء المجموعة التى تعيش فى ظلال المذهب الفردى مختلفاً بحسب الطاقة والمقدرة والاستطاعة التى تمكن البعض من الوصول إلى ما يرضاه لنفسه من المركز الاقتصادي أو الملكية الفردية، فإنه ليس ثمة اختيار أمام القانون سوى المواءمة بين تلك الإرادات المتنافسة بما يتيح لها قدراً أكبر من حرية المنافسة، ولا يجوز أن يغل يد أى منها فى الوصول إلى ما تريد، وكما يقول أنصار المذهب الفردى: إن الفرد لم يخلق للمجتمع، ولكن المجتمع هو الذى وجد لصالح الفرد، ولهذا فإن كل ما فى المجتمع يجب أن يتوجه لخير الفرد وإسعاده وخدمته.

أساس المجتمع فى ظل المذهب الفردى:

والمذهب الفردى بناء على الفكرة التى يقوم عليها، لا يمكن أن ينهض ويسود إلا فى إطار أسس خاصة تمثل بيئة اجتماعية، أو بنية تحتية لتأسيس هذا المذهب وقيامه، وذلك من خلال مجالين أساسيين هما: المجال الاقتصادى، والمجال السياسى.

(١) فى المجال الاقتصادى:

يقوم المذهب الفردى على أساس أن الفرد ولد حراً، أى أن له الحق فى أن يزاول نشاطه المادى والفكرى والروحى، ويحق له أن يستأثر بعوائد هذا النشاط. وله على سائر الأفراد حق فى أن تحترم حريته هذه، بيد أن حماية حقوق جميع أفراد المجتمع تستلزم بالضرورة تقييد الحقوق الخاصة بكل منهم، حتى لا تقوم حرية الفرد وحقوقه على حساب حرية الآخرين وحقوقهم، ولهذا جاء التقابل بين الحق والواجب، ومن ثم تكون وظيفة القانون هى تهيئة الظروف والأسباب التى يستطيع الفرد فيها استعمال حقوقه والتمتع بحريته، والكفيلة – أيضاً – بمنع اعتدائه على حقوق الآخرين، وبمعنى آخر: تقتصر وظيفة القانون على التوفيق

بين الحقوق والحريات الخاصة، ومنع التضارب فيما بينها، وتقتصر وظيفة الدولة على حفظ الأمن فى الداخل وفى الخارج.

(٢) وفى المجال السياسى:

تقوم فلسفة المذهب الفردى على أساس من فكرة العقد الاجتماعى، تلك الفكرة التى سادت بين فلاسفة القرنين السابع عشر والثامن عشر، وخلاصة تلك الفكرة تتمثل فى أن المجتمع يقوم على أساس عقد أو اتفاق مبرم بين أفراد المجتمع والحاكم، وذلك بقصد تكوين المجتمع وتنظيمه وتوجيه دفة الأمور فيه، وصلة الأفراد بالمجتمع لا تجيئ إلا من خلال هذا العقد الذى يعطيهم جملة من الضمانات فى مواجهة السلطان، وتفصيل ذلك أن الأفراد كانوا يعيشون فى الأصل على حالة من العزلة الطبيعية لا يقيدهم سلطان أو حاكم ، حتى انتهت تلك الحالة بواسطة هذا العقد الاجتماعى الذى عنى أول ما عنى بوضع حد لتلك العزلة الفطرية بإيجاد حكومة يتنازل لها كل فرد عن جزء يسير من حقوقه الطبيعية نظير احتفاظه بالجزء الباقى منها، وفى مقابل أن يشمله السلطان بحمايته، ويوفر له المرافق الحياتية التى تسهل له مسعاه فى الحياة وتيسر عليه أسباب النشاط حتى يصل إلى ما يريد، فمهمة الدولة – فى ظل تلك الفلسفة – تقتصر على حماية الحقوق الطبيعية التى احتفظ بها الأفراد، مع ملاحظة أن فكرة العقد الاجتماعى فى نظر أصحابه، ليست حقيقة تاريخية واقعية، وإنما هى فكرة افتراضية تصورية لتفسير أساس وجود المجتمع ليس إلا[١].

نتائج المذهب الفردى:

والمذهب الفردى – وفقاً لفلسفته السائدة – يؤدى إلى نتائج فى المجالات السياسية والاقتصادية، والقانونية تتمثل فيما يلى:

---

[١] و هذا المعنى: د. عبد المنعم البدراوى – مبادئ القانون – ص ٣٠ وما بعدها.

(١) فى المجال السياسى:

تتمثل أولى نتائج هذا المذهب فى أن الناس ولدوا أحرارا ومن حقهم أن يعيشوا أحرارا ومتساوين فى الحقوق والواجبات، فالحرية والمساواة هما الحقان الطبيعيان الأساسيان، وتكون مهمة القانون – وكما سبق القول – منحصرة فى التوفيق بين الحريات والحقوق الفردية المختلفة، حتى يكفل وجودها واحترامها. ووسيلته فى هذا تقييد هذه الحقوق على سبيل التبادل، ولكن دون أن يتجاوز هذا التقييد القدر الأدنى الضرورى لضمان حرية المجتمع وحقوقهم، ومن ثم كان دور القانون هنا، دورا يكاد يكون سلبيا، ودائرته ضيقة، ومجاله محدود، فى حين أن النشاط الفردى يجب أن ينطلق إلى أوسع مدى[1].

(٢) وفى المجال الاقتصادى:

يؤدى المذهب الفردى إلى إطلاق حرية المنافسة الحرة، ويعتبرها المظهر الاقتصادى للحرية الفردية، ومفاد ذلك أن باب المنافسة الاقتصادية يجب أن يترك مفتوحا بين الأفراد فى المجال الاقتصادى، ولا يجوز للدولة أن تتدخل من جانبها فى هذا الميدان[2].

وفى هذا المجال يرى (آدم سميث) ، وهو من زعماء الحرية الاقتصادية: أن سعى الأفراد نحو تحقيق حريتهم الاقتصادية الخاصة فقط وإن كان لا يتوجه قصدا دون أن تتوجه إلى مصلحة المجتمع، إلا أن هذا سيقود بالضرورة إلى أن يستغل كل فرد ماله فيما يعود على المجتمع بالنفع الكبير.

(٣) وفى المجال القانونى:

يترتب على المذهب الفردى، نتيجة هامة من الناحية القانونية. هى جعل الإرادة الحرة والعقد فى المكان الأول، فما يرتضيه الفرد بإرادته هو الحق والعدل، ومن ثم فإن العقود لا يجوز أن تخضع فى إنشائها وفى الآثار المترتبة عليها إلا

---

(١) المرجع نفسه – ص ٣١.

(٢) المرجع نفسه – ص ٣٢.

لإرادة المتعاقدين وهو ما يعرف بمبدأ (سلطان الإرادة)، ذلك المبدأ الذى استقر منذ زمان بعيد وأصبح أصلاً من الأصول التى تبنى عليها نظريات القانون، وقد تفرعت عن هذا المبدأ نتيجتان هامتان:

أولهمـــــا: أن كافة الالتزامات والحقوق، بل إن كل النظم القانونية ترجع فى مصدرها إلى الإرادة الحرة، حيث لا يلتزم المتعاقدان إلا بإرادتهما، ولا يلـــتزم أحد بعقد لم يكن طرفاً فيه بنفسه أو بواسطة نائبه، كما أن الأسرة تقـــوم كذلـــك، على حرية الإرادة والملكية مبنية على حرية الإرادة، بــــل إن الإرادة فـــى نظــر أصحاب هذا المذهب تمثل الأساس فى مشروعية العقوبـــة الجنائيـــة، لأن الـــذى يخالف القانون قد ارتضى مقدماً جزاء خروجه على النظام فى المجتمع وقبل توقيع العقوبة المقررة عليه، وذلك من خلال افتراض العلم بها بعد نشرها فى الجريـــدة الرسمية، وعلم الكافة بسريانها.

ثانيهمـــــا: أن دور الإرادة لا يقتصر على إنشاء الالتزامات، بـــل يعـد المرجع الأساسى فى تحديد ما يترتب على هذه الالتزامات من آثار، فما يرتضيـــه الفرد بإرادته حق وعدل، فمن تعاقد لا يجوز له أن يتحلل من التزامه بدعـــوى أن غبناً أصابه، أو ظلماً لحق به، ولهذا فإنه لا يجوز للقـــاضى أن يتدخـــل بدعـــوى العدالة ليعدل من التزامات طرفى العقد مهما تمخض هذا العقد عن ضــــرر بـــأحد طرفيه.

تقييم المذهب الفردى:

ولم يسلم المذهب الفردى رغم بريق المبادئ التى ينادى بها. والأفكار التى يقوم عليها من النقد فقد انحرف وهو فى غمرة تمجيده للحرية الفردية عن مراعاة الصالح الاجتماعى العام وأدى إلى زيادة سطوة الفرد فى مقابل سلطة المجتمع. فى ظل وهم يقول: إن الصالح العام يتحقق من تلقاء نفسه بمجرد رعايـــة المصلحـــة الفردية. فليس الصالح العام هو حاصل مجموع المصالح الفردية الخاصة. بدليـــل أن هناك مصـــالح عامة قد لا يفكر الأفراد فى القيام بها كالصحة والتعليم والدفـــاع

والسياسة الخارجية، وهم إن قاموا بها لا يستطيعون أن يضمنوا لها ما تستحق من عناية، وما تقتضيه المحافظة عليها من اهتمام.

وقد غالى المذهب الفردى فى إطلاق حرية الأفراد بمقولة أن حقوق الأفراد ما هى إلا حقوق طبيعية كانوا يتمتعون بها قبل انضوائهم تحت لواء الجماعة، فى حين أن إثبات الحرية للفرد المنعزل ما هو إلا محض خيال لا وجود له.

وقد ثبت أن إطلاق الحرية للأفراد حتى يفعلوا ما يحلوا لهم، أدى إلى تفشى الأنانية والأثرة، وظهور فتن بين أصحاب رؤوس الأموال الذين يملكون كل شيئ فى مقابل فئة مغلوبة على أمرها لا تملك من أسباب الحياة أدنى شيئ، فانقسم المجتمع بالتالى إلى فئات متناحرة كل فئة منها تعمل فى سبيل مصلحتها، وافتقد التواصل الاجتماعى بين كافة فئات المجتمع، فتلاشت أهم عوامل الوحدة فيه.

ثانياً: المذهب الاشتراكى:

وعلى نقيض المذهب الفردى، يقوم المذهب الاشتراكى، الذى يعنى بالمجتمع ويسخر الفرد لخدمته وعندئذ يتدخل القانون إلى أقصى حد فى شئون الفرد وفى حريته، ولذلك تتسع دائرة القانون فيه.

وتقوم فكرة المذاهب الاجتماعية أو الاشتراكية على أساس أن الإنسان كائن اجتماعى لا يصح أن ينظر إليه كفرد منعزل ومستقل عن الجماعة. لأن الفرد عنصر من عناصرها، كما أن المجتمع ليس جمعاً من الأفراد المستقلين المنعزلين. ولكنه وحدة متجانسة يجب أن توجه جهود أفرادها إلى غاية مشتركة هى صالح المجموع[1].

ومن ثم فإن القانون فى هذا المذهب يجب أن يضع الصالح الاجتماعى فى الصف الأول، ويجب أن يسخر الفرد لخدمة الصالح العام، والفرد ليس هو مصدر القانون، وإنما مصدر القانون هو الضرورات والحاجات الاجتماعية. وبهذا لا تكون وظيفة القانون هى المحافظة على حقوق الفرد أو تحقيق سعادته. وإنما تكون له

---

(1) المرجع نفسه – ص ٣٤.

وظيفة اجتماعية هي توجيه نشاطه نحو غايـــة مشـــتركة هـــي الصـــالح العـــام للمجموعة.

وبناء على ذلك؛ فإن القانون لا يجوز أن يقف موقفا سلبيا أمـــام الحريـــة الفردية، بل يقوم بدور إيجابي من جهة إصلاح ما يوجد بها من عيوب، وسد مـــا تنطوي عليه من نقص بواسطة القوانين البشرية التي تضعها الجماعة. وشـــعار المساواة لا يعني دائما وجود المساواة الفعلية، لأن الأفراد يختلفون من الناحيـــة الاجتماعية قوة وضعفا، فهناك الأقوياء كأرباب العمل والضعفاء كالعمال، وهنـــاك شركات لاحتكار جمهور المستهلكين، ومن ثم أصبحت الحرية الفردية والمســـاواة القانونية سلاحا في يد الأقوياء ضد الضعفاء ووسيلة لاستغلال القادر للمعدم.

والحرية في نظر أصحاب هذا المذهب ليست حقا طبيعيا، وإنما هي منحـــة من الجماعة، فالجماعة هي المصدر الوحيد للحرية الفردية، ومن ثم فإن الفـــرد لا يتمتع من تلك الحرية إلا بالقدر الذي تتفضل به الجماعة، وهي - بـــالطبع - لـــن تعطيه منها إلا ما يتفق مع تحقيق مصالحها، ولهذا فإن منح تلـــك الحريـــة فـــي الضيق والسعة مرهون بتقدير الجماعة ووفق حاجتها.

ويختلف أصحاب هذا المذهب في كيفية تحقيق مبادئه تطرفا واعتدالا مـــن أجل الوصول إلى المساواة المنشودة، فمنهم من ذهب إلى حد إلغاء وجود الفـــرد واعتباره ترسا في الآلة، كما ألغى الملكية الفردية إلغاء تاما، وجعل المالك الوحيد لوسائل الإنتاج هو الدولة. ومنهم من رأى تخفيف حدة تلك التطرف بإسناد جـــزء من الملكية للأفراد أو احتفاظهم بها في مقابل أن توجه لصالح المجمـــوع تحـــت رقابة الدولة. على أن تعتبر الملكية وظيفة اجتماعية وليست حقا خالصا.

ولا يجوز إطلاق العنان للإرادة بدعوى أنها هي صاحبة السلطان في إنشاء ما ترى من روابط وعلاقات ومراكز قانونية، لأن للقانون اليد الطولى فـــي هـــذا المجال، فهو الذي يملك أن يقيد إرادة الأفراد بنصوص آمرة، وقواعد شكلية لا تجد الإرادة حيلة فيها، ولا تملك حيالها أدنى قدر من الحركة أو النشاط. ومن ثم كـــان

القانون أداة طولى فى يد الدولة تدخل بها متى شاءت فى نشاط الأفراد لتوجهه إلى حيث تريد، ووفق خطط مرسومة، ولهذا يتسع نطاق القانون فى هذا المذهب.

ويظهر اتساع نطاق القانون فى المذهب الاشتراكى من خلال أمرين هما:

(١) النصوص القانونية الآمرة:

وهى نصوص يقررها المشرع ويفرض تطبيقها على نحو آمر لا يجوز معه للأفراد أن يتفقوا على ما سواها، وإذا وقع اتفاقهم على سوى ما هو مقرر بتلك القواعد، فإن اتفاقهم هذا يقع باطلاً، وفى النهاية لا يصح العمل إلا بالنص الآمر، حتى ولو اتفق الأفراد على سواه.

(٢) الشكلية:

والشكلية نظام قانونى يفترض القانون أن التصرف لا يصح إلا إذا جاء مفرغاً فيه، فإذا لم يفرغ التصرف فى الشكل المطلوب، فإنه لا يكون له وجود قانونى ويقع باطلاً.

والغالب فى الشكل الذى يستلزمه القانون أن يكون هو الكتابة التى قد تكون رسمية كما هو الشأن فى هبة العقار، وفقاً لما تقضى به المادة (٤٨٠) مدنى، وقد تكون تلك الكتابة عرفية، كما هو الشأن بالنسبة لعقد الشركة المدنية، وفقاً لما تقضى به المادة (٥٠٧) مدنى، وقد لا يكون الشكل هو الكتابة. لكنه يتمثل فى تسليم الشيئ محل التصرف كما هو الشأن فى هبة المنقول، حيث لا تنعقد الهبة فيه إلا بتسليم الموهوب المنقول[1].

ويلاحظ – كما سبق البيان – أن الاشتراكيين لم يتفقوا على القدر الذى يجب أن يتدخل به القانون فمنهم من توسع فى هذا لدرجة المناداة بإلغاء الملكية الخاصة وجعل الدولة مالكة لجميع وسائل الإنتاج، ومنهم من ضيق فنادى بالإبقاء على الملكية الخاصة على أن توضع لها قيود بغية تحقيق الخير للجميع[2].

---

(١) د. شمس الدين الوكيل – نظرية الحق – ص ١٨١، د. عبد المنعم البدراوى – ص ٦٨، ٧٠.

(٢) د. جمال الدين طه العاقل – دروس فى نظرية القانون – ص ٣٩.

تقييم المذهب الاشتراكي:

(١) لا شك أن المذهب الاشتراكي كان له أكبر الأثـــر فـــي إظـــهار المســـاوئ الاجتماعية والمخاطر التي أحاطت بالمجتمع نتيجة الأخذ بالمذهب الفـــردي، فقـد ظهر بجلاء أن سعادة المجتمع وتحقيق الخير له لا يمكن تحقيقه إذا ترك الحريـــة للأفراد يعملون وفق ما يريدون وحسب ما تقتضيه مصالحهم الخاصة، بل تســـبب ذلك في نتيجة عكسية أدت إلى كثير من الظلم الاجتماعي لأن بعض الطبقـــات قـد أساءت استعمال الحقوق الخاصة في الظلم، وانحرفت عن مجال الحماية المقـــررة لها قانوناً حتى غدت عقبة في سبيل تقدم المجتمع، وحصرت وسائل الإنتاج مـــن خلال تفرغ العمال للإدارة والقيادة.

(٢) ومن عيوب المذهب الاشتراكي أن المغالاة كان من شأنها أن أدت إلى تدخل الدولة في شتى الميادين تدخلاً أسيئ استخدامه وأدى إلى انعدام الحافز الشخصي، وبالتالي ضياع أثر المجهود الفردي، لكن يلاحظ أن كثيراً من الدول التي تأخذ بهذا المذهب لم تصل إلى هذا الحد بل لم تغال في تدخلها إلى أوجه النشاط المختلفـــة. فهي تحترم الحرية الفردية في حدود ما يسمح به القانون، كما تحـــترم الملكيـــة الفردية مع وضع قيود عليها حتى لا تخرج عن أداء مهمتها باعتبارهـــا وظيفـــة اجتماعية.

(٣) ويمكن القول: إن المذهب الاشتراكي في صورته المعتدلة تعتنقه معظم دول العالم في وقتنا الحالي[١]، وإن كان الفكر القانوني المعاصر في مصـــر، قـد بـدأ يجافيه إلى حد كبير على نحو ما سنرى.

---

(١) المرجع نفسه ، د. عبد المنعم البدراوي – السابق – ص ٣٦ وما بعدها.

أثر المذهبين في القانون المصـــــرى:

ولقد كان لهذين المذهبين أثر بارز في القانون المصرى، لكن هـذا الأثـر اتخذ شكل التتابع التاريخي، أو الانتقال في الأخذ بأي منهما من مرحلة تاريخيـة إلى أخرى، فأخذ بالمذهب الفردى في بدايات نشـوئه، ثـم عـدل إلـى المذهب الاشتراكي في صورة تكاد تكون طاغية على المذهب الفردى، وتؤكد سيطرة الدولة على وسائل الإنتاج، ثم بدأ المد الفكرى للمذهب الفردى يعود مرة ثانية إلى ساحة الحياة القانونية والاقتصادية من خلال ما يعرف بخصخصـة وسـائل الإنتـاج أو العودة بالنشاط الاقتصادى إلى دائرة النشاط الفردى، ويمكن إلقاء الضـوء علـى ذلك:

في بداية النشاط التشريعي، عندما وضعت المجموعات القانونية المصرية في عام ١٨٧٥ (المجموعات المختلطة) وعام ١٨٨٣ (المجموعات الأهلية) تميزت هـذه المجموعات بنزعة فردية واضحة، وجاءت تلك المجموعات تعبيراً صادقاً عن فكر المذهب الفردى.

ولما كانت الملكية هي العلامة الدالة على شكل النظام والفكر الاقتصـادى السائد في المجتمع فإنها كانت تعرف الملكية بما يـبرز تلـك النظـرة الفرديـة الخالصة، وكانت تنص على أن حق الملكية هو: "حق المالك في الانتفـاع بملكـه والتصرف فيه بطريقة مطلقة"، ولم يتضمن قيوداً على حرية المالك في الانتفـاع بملكه، ولا إلى حدود استعمال تلك الملكية.

كما كانت تلك المجموعات تطلق العنان لمبدأ سلطان الإرادة، وتعمل مبـدأ العقـد شريعة المتعاقدين إلى أبعد مدى، ولم يكن ثمة قيد على حرية الإرادة سوى ذلـك القيد العام الذى لا يقضي بعدم الخروج على النظام العام والآداب في المجتمع.

ومع تطور الزمن بدأ المشرع المصرى يتأثر بالتيارات الاشتراكية التي بدأت ريحها تهب على مصر في منتصف القرن الماضي، فأصدر بعض التشـريعات المنظمـة لعلاقات العمال بأصحاب الأعمال، واعترف بالنقابات العمالية، مع ما تنطوى عليـه تلك التشريعات من مخالفة واضحة لمبدأ سلطان الإرادة، الذى يعتبر مـن ثوابـت

المذهب الفردى، كما أصدر قانون التعويض عن إصابات العمل الذى يسأل به صاحب العمل عن الحوادث التى تصيب العامل، حتى ولو لم يثبت خطأ من جانبه أدى إلى وقوع الإصابة، وقد حل القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ المعروف بقانون العمل الموحد محل تلك التشريعات، كما صدر فى نفس الوقت القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ الخاص بالتأمينات الاجتماعية الذى ينظم التأمين ضد إصابات العمل والشيخوخة والعجز والوفاة.

ولما صدرت المجموعة المدنية الجديدة المعمول بها حالياً والتى بدأ سريانها ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، جاءت مدعمة لاتجاه معتدل ينطلق من المذهب الفردى بعد تهذيبه فى بعض النواحى على أساس الفكر الاشتراكى، وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية: "والاتجاه الرئيسى الأخير أن المشروع من ناحية ما يقوم عليه من أسس اجتماعية واقتصادية إنما يجارى نزعات عصره، فلا يقف من الديمقراطية عند معناها القديم، بل يساير ما لحق بها من تطورات عميقة، ستكون الآن بعد أن وضعت الحرب أوزارها أبعد مدى وأبلغ أثراً، فالمشروع لا يقدس حرية الفرد إلى حد أن يضحى من أجلها بمصلحة الجماعة، ولا يجعل من سلطان الإرادة المحور الذى تدور عليه الروابط القانونية بل هو يوفق ما بين حرية الفرد، ومصلحة الجماعة، ثم هو بين الفرد والفرد لا يترك القوى يصرع الضعيف بدعوى وجوب احترام الحرية الشخصية، فليس الفرد حراً فى أن يتخذ ما هيأته له النظم الاجتماعية والاقتصادية من قوة تكنه ليتعسف ويتحكم، لذلك يقف المشروع إلى جانب الضعيف فيحميه كما فعل فى عقود الإذعان عندما جعل تفسير ما اشتمل عليه من شروط تعسفية محلاً لتقدير القاضى، وكما فعل فى النصوص الخاصة بالاستغلال عندما أوجب على القاضى أن يتدخل لنصرة المتعاقد إذا استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه، وكما فعل فى حماية العامل عندما أحاط عقد العمل بسلسلة قوية من الضمانات تدرأ عنه تعسف رب العمل. وهو إلى كل هذا وقبل كل هذا يضع مبدءاً عاماً ينهى فيه عن التعسف فى استعمال الحق.

ويبدو المشروع كذلك ظاهر الرفق بالمدين، فهو يوجب على القاضي أن يتدخل لحماية المدين المرهق إذا طرأت ظروف استثنائية لا يمكن توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، فواجب القاضي إذ ذاك أن يوازن بين مصلحة المتعاقدين، وأن ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

وتقول المذكرة: ويقيد المشروع حق الملكية فيجعل لهذا الحق وظيفة اجتماعية لا يجوز أن ينحرف عنها المالك، فهو في أول نص يعرف فيه الملكية فيقرر أن لمالك الشيء- مادام ملتزماً حدود القانون - أن يستعمله وأن ينتفع به وأن يتصرف فيه دون أي تدخل من جانب الغير، بشرط أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملكية من وظيفة اجتماعية، ثم أورد بعد ذلك من التطبيقات ما يؤكد هذا الاتجاه ويقويه، فالمالك لا يجوز له أن يغلو في استعمال ملكه إلى حد يضر بملك الجار، فحيث يتعارض حق المالك مع مصلحة عامة، بل ومع مصلحة خاصة هي أولى بالحماية، فالمشروع يقيد من حق الملكية رعاية للمصالح المشروعة وتحقيقاً لمبدأ التضامن الاجتماعي.

وتختتم المذكرة الإيضاحية ذلك بقولها: كل هذا دون غلو ولا إسراف، فلا تزال حرية الفرد وسلطان الإرادة وحقوق الدائنين واحترام الملكية محلاً لنصوص كثيرة في المشروع تلمح فيها أثراً ظاهراً للتوفيق ما بين حقوق الفرد وحقوق الجماعة، وبذلك يكون المشروع قد سجل بأمانة ما تمخض عنه القرن العشرون من مبادئ العدل الاجتماعي، فهو يحمل طابعاً قوياً من حضارة العصر ومدنية الجيل".

وهكذا أصدرت المجموعة المدنية المصرية متأثرة بالاتجاهات الاشتراكية الجديدة في بعض نواحيها وذلك بقصد تلافي مساوئ إطلاق المذهب الفردي.

(١) هذا وقد قوي تأثير التيار الاشتراكي في مصر بعد ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢، وأصبح من ضمن أهداف الحكومة إقامة مجتمع ديمقراطي اشتراكي تعاوني، وكان لهذا التوجه صداه في نواحي التنظيم القانوني المختلفة، فصدرت

قوانين الإصلاح الزراعى بقصد القضاء على الإقطاع وتحديد الملكية الزراعيــة، وأجيز العمال الزراعيين تكوين نقابات للدفاع عن مصالحهم المشتركة، وصــدرت قوانين التأميم.

كما برز الطابع الاشتراكى فى أول دستور قامت الثورة بوضعه وأعلن فــى ١٦ يناير سنة ١٩٥٦، وقد نص فى مادته الرابعة علــى أن التضــامن أســاس المجتمع المصرى، وأن الاقتصاد القومى يسير وفق خطط مرسومة تراعى فيــها مبادئ العدالة الاجتماعية، ونص فى المــادة (١١) علــى أن الملكيــة الخاصــة مصونة، وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية.

كما نص الدستور الدائم الذى صدر فى شهر سبتمبر ســنة ١٩٧١ على أن مصر دولة نظامها ديمقراطى اشتراكى وأن الأساس الاقتصادى لها هــو النظام الاشتراكى القائم على الكفاية والعدل. بما يحول دون الاستغلال ويهدف إلى تقريب الفوارق بين الطبقات (مادة ٤) وأن التضامن الاجتماعى أساس المجتمــع (مادة ٧).

ثالثاً: الفكر القانونى المعاصــــر:

بيد أن تلك النزعة الاشتراكية الواضحة والتى وجدت لــها اعتبــاراً فــى تشريعات الإصلاح الزراعى والتأميم والتشريعات العمالية التى قامت بتقوية قبضة العمال والفلاحين على وسائل الإنتاج وأتاحت لهم حرية تكوين النقابات والمشاركة فى مجالس الإدارات، والتنظيمات النقابية والمجالس التشريعية بما لا يقــل عــن خمسين بالمائة لعدد أعضائها وما صاحب ذلك من النظم التى وجدت لها تطبيقــا واسعاً فى مجال الملكية الخاصة، والعلاقة بين الملاك والمستأجرين على نحو ينظر إلى العمال والمستأجرين على أنهم الطرف الضعيف الذى يجب حمايتــه. وكــان الطريق لذلك هو شمولهم بالحماية من خلال النصوص القانونية الآمــرة التــى لا يجوز لأحد الخروج عليها، بل إن القانون قد وصل إلى مدى أبعد من هــذا حيــن فرض للعمال حقوقاً ولم يجز لهم أنفسهم أن يتنازلوا عنها، بمقولة أنه يجب حماية العمال من أنفسهم، وقد أدى ذلك الغلو فى مناصرة طرف على آخر أن مالت الكفة

لصالح العمال والمستأجرين، فلم يصونوا النعمة، ولم يحسنوا استعمال السلطات الممنوحة لهم، فأهملوا الإنتاج وفوجئنا بمشروعات اقتصادية كانت قبل تلك التغييرات القانونية عملاقة فى إنتاجها ضليعة التأثير فى الدخل القومى، مثل مصانع النسيج، والحديد والصلب، والألبان والمنتجات الزراعية، يحقق خسارة كبيرة من جراء تلك النظم الاقتصادية التى ركزت على تدليه العمال دون مراعاة للمصلحة العامة، ووضع الضوابط التى تكفل زيادة الإنتاج أو على الأقل المحافظة عليه، فكان العمال حريصين على ممارسة حقوقهم دون أدنى اهتمام بالواجبات الملقاة عليهم فى حماية الإنتاج وزيادته، واستبان بعد فترة أن ما قيل بهذا الصدد، لم يتجاوز مرحلة الشعارات البراقة،والعبارات الرنانة،التى لم تجد لها من الواقع ما يصدقها، وصحا الناس على الخسارات تلو الخسارات تصيب قلاع الإنتاج الصناعى، بل والاستهلاكى، فأصبحت المؤسسات الاستهلاكية التى أنشئت لحماية الناس من استغلال رأس المال الفردى، هى الأخرى تلحق بقوافل المؤسسات الخاسرة من جراء التسيب والاختلاس وعدم الحرص على المصلحة العامة. وقصور أدوات الرقابة عن ملاحقة العمال، حيث لا يجوز توقيع العقاب عليهم إلا باجراءات مشددة تجعلهم فى الأغلب الأعم محصنين من توقيع تلك الجزاءات، بل ومن الفصل، وكان لابد من التغيير الذى يستهدف تصحيح ذلك الوضع عن طريق الخصخصة، والعودة إلى الفكر الرأسمالى، وأفكار المذهب الفردى فى الإنتاج وتعيين العمال، وما زال ذلك التوجه فى بدايته، لكنه يشهد تطوراً ملحوظاً.

المبحث الثانى

نطاق تدخل القانون من خلال القواعد الآمرة، والقواعد المكملة

وفى نطاق تدخل القانون لتنظيم سلوك الأفراد فى المجتمع، تنقسم القواعد القانونية إلى قسمين هما القواعد القانونية الآمرة، والقواعد القانونية المكملة، ونبين ذلك في مطلبين :

المطلب الأول

القواعد القانونية الآمرة

يعرف الفقه القواعد القانونية الآمرة ؛ بأنها جملة القواعد القانونية الباتة أو الناهية التى لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، أو استبعاد أحكامها، وهذه القواعد مفروضة فرضاً على الأشخاص لا يملكون حيالها أن يتنصلوا منها. أو يعملوا ما يخالفها، ولذلك فإن المشرع غالباً ما يلجأ إلى تنظيم سلوك الأفراد من خلال تلك القواعد، إذا كانت المصلحة التى يراد حمايتها متعلقة بالنظام العام أو الآداب فى المجتمع، أو كان أمرها متعلقاً بالمصالح الأساسية فيه. وذلك يغل المصالح التى تنظم هيئات الدولة أو تلك التى تتعلق بالأمن الداخلى. أو بالأمن الخارجى، أو نظام الأسرة، أو تحديد شكل السياسة الاقتصادية المتبعة. أو تحديد شكل التمثيل البرلمانى بنسبة معينة من العمال والفلاحين، مثل ما هو حاصل الآن بتحديدها من خلال النص الآمر الذى لا يسمح بأن تقل نسبة تمثيل تلك الفئات عن خمسين بالمائة من جملة الأعضاء الذين يمثلون الأمة.

مجال القواعد القانونية الآمرة:

ومن خلال تعريف القواعد القانونية الآمرة يبدو أن مجالها يتعلق بالمصالح الأساسية فى المجتمع والتى لا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يخالفها، ومنها القاعدة القانونية التى تحرم القتل فلا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يخالفها، ولو كان ذلك برضا المجنى عليه، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالنصوص التى تحرم الإتجار فى المخدرات، فهذه النصوص آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، ولو وقع مثل هذا الاتفاق، فإنه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ومن هذا القبيل: القاعدة القانونية التى تحرم التعامل بالربا، وتضع سعراً أعلى للعائد لا يجوز للأفراد الزيادة عليه، فهذه القاعدة تعتبر من قبيل القواعد الآمرة، وأيضاً القواعد القانونية المتعلقة بالمحرمات من النساء، وحق الزوج فى إيقاع الطلاق، وواجب تربص المرأة فترة العدة عقب الطلاق أو الوفاة، والأحكام المتعلقة بالنسب والضرائب وكل اتفاق على ما يخالف تلك القواعد يعتبر اتفاقاً باطلاً لمخالفته للنظام العام والآداب[1].

---

[1] د. عبد الناصر العطار – مبادئ القانون – ص ٥٢ وما بعدها، د. جمال الدين العاقل – السابق – ص ٧٢ وما بعدها.

المطلب الثانى

القواعد القانونية المكملة أو المفسرة

والقواعد القانونية أو المفسرة، هى تلك التى يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يخالفها، ووجودها لا يؤثر فى تزجه الإرادة إلى ما سواها، ولا تؤدى تلك المخالفة إلى بطلان الإرادة، وقد صاغها المشرع لتكون أداة فى يد الناس يستأنسون بها عند صياغة اتفاقاتهم أو إنشاء عقودهم، فيهتدون بها عند صناعة تلك الاتفاقات، وهى هنا تمثل الرضا المفترض بين الأطراف ، بمعنى أنهم إذا ما فكروا في إنشاء عقودهم فإنهم لن يبتعدوا - غالباً - عنها، فهى تنظم السلوك الخاص بالأفراد والذى لا يتعلق بالمصالح الأساسية للمجتمع.

فمثلاً فى عقد البيع، جرت العادة أن يتفق المتعاقدان فيه على المبيع والثمن، ومن النادر أن يتفقا على تحديد وقت تسليم البيع ومكانه أو ضمان عيوبه، وفى هذه الحالة يقوم القانون بمعالجة هذه المسائل بقواعد مقررة ومكملة لاتفاق المتعاقدين، ومن ثم يكون للمتعاقدين حرية الاتفاق على تحديد وقت التسليم، أو مكان آخر لتسليم المبيع غير الوقت أو المكان الذى حدده القانون[1].

وتسمى هذه القواعد، بالقواعد المقررة، أى التى تقرر الحكم الذى يفترض أن أطراف العقد سيتفقون عليه لتنظيم العلاقة فيما بينهم، وتسمى أيضاً، بالقواعد المفسرة، لأنها تفسر إرادة المتعاقدين الغامضة.

(1) د. جمال الدين العاقل - السابق - ص ٧٤، د. عبد الناصر العطار - ص ٣٠، د. عبد المنعم البدراوى - ص ٩١ وما بعدها.

حدود الإلزام فى القواعد المكملة:

وليس معنى أن تلك القواعد مكملة، أنه يجوز استبعاد حكمها أو تلافى تطبيقها أو أنها ليست ملزمة، لأن القواعد القانونية، سواء أكانت قواعد آمرة أم مكملة تعتبر ملزمة. لأن الإلزام شرط من شروط إنشاء القاعدة القانونية، وغاية ما فى الأمر، أن أى قاعدة قانونية آمرة، كانت أو مكملة، لا تنطبق إلا فى حالة توافر الشروط اللازمة لانطلاقها ومن هذه الشروط بالنسبة للقاعدة المكملة، عدم اتفاق الأفراد على استبعاد حكمها، بمعنى أنه إذا لم يتم الاتفاق على ما يخالف حكمها أصبح هذا الحكم ملزماً لهم[1].

كما أنه ليس صحيحاً ما ذهب إليه بعض الشراح من أن القواعد المكملة اختيارية ابتداء ملزمة انتهاء بمعنى أنها تكون غير ملزمة قبل الاتفاق على ما يخالفها، أو بعد الاتفاق على مخالفتها وملزمة عند عدم الاتفاق على مخالفة أحكامها، لأن القواعد القانونية لا يتصور وجودها إلا إذا كانت ملزمة فى الابتداء والانتهاء، ولا يمكن القول بتغيير طبيعتها لسبب راجع إلى إرادة الأفراد، غاية ما فى الأمر، أن تطبيق القواعد المكملة معلق على شرط عدم الاتفاق على مخالفتها، وذلك على عكس القواعد الآمرة، فإن تطبيقها ليس معلقاً على هذا الشرط[2].

ويهتدى المشرع فى وضع القواعد المكملة لإرادة الأفراد باعتبارين:

أولهما: أنه يهدف فى بعض الحالات إلى تلمس الإرادة المفترضة للطرفين، بمعنى أنه ينظم العلاقة القانونية على النحو الذى كانت إرادة الطرفين سوف تتجه إليه، لو أنهما أعلنا عن إرادتهما صراحة باتفاق خاص، وذلك على نحو ما فعله المشرع فى تنظيمه للعقود الجارية كالبيع والإيجار وغيرهما.

---

(1) د. عبد الناصر العطار – السابق.

(2) د. جمال الدين العاقل – ص ٧٦، د. عبد المنعم البدراوى – ص ٩٣، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٣٢ وما بعدها، د. توفيق فرج – ص ٨٨، د. أحمد سلامة – ص ٥٥، د. حسن كيرة – فقرة ١٦، د. شمس الدين الوكيل – فقرة ٦٣.

ثانيهمـــــا: أنه فى حالات أخرى يراعى فى هذا التنظيم المكمـــل لإرادة ذوى الشأن العادات الجارية فى المعاملات، أما القواعــد الآمــرة، فقــد فرضـــها المشرع على إرادة الأفراد فرضاً، فتلك المسائل التى قــدر أنــها وثيقــة الصلــة بالمجتمع، والأسس التى يقوم عليها تنظيمه، وهى مسائل لا يجوز أن تترك لإرادة الأفراد الحرة.

المطلب الثالث

معيار التفرقة بين
القواعد الآمرة والقواعد المكملة

وإذا كانت القواعد القانونية بتقسيمها إلى آمرة، ومكملة يترتب عليها تلك الآثار القانونية الكبيرة، يكون من المهم بيان معيار التفرقة بين هذين النوعين من القواعد، ويكاد الفقه يتفق على أن هناك معيارين للتفرقة بينهما، همــا المعيــار الشكلي والمعيار الموضوعي.

الفرع الأول
المعيــار الشكــلي

والمعيار الشكلي في التفرقة بين القواعد القانونية الآمرة، والقواعد المكملة يستنبط من صياغة النص أو عباراته، فصياغة النص يمكن أن تدل على أننا بصدد قاعدة آمرة أو مكملة، وذلك كما لو ورد في النص مثلاً ما يدل على عــدم جــواز الاتفاق على ما يخالفها أو تقرير بطلان الحكم الذي يجئ مخالفاً لتلك القــاعدة، أو تقرير عقاب لمن يخالفها، ومن ذلك:

(١) ما تنص عليه المادة (٤٨) مدني، من أنه: "ليس لأحد النزول عن أهليتــه ولا التعديل من أحكامها".

(٢) وما تقضي به المادة (١٣١) مدني، من أنه: "لا يجوز التعامل فــي تركــة إنسان على قيد الحياة، ولو برضاه إلا في الأحوال التي نص عليها القانون"، ومــا تقضي به المادة (٤٩) مدني، من أنه: "ليس لأحد النزول عن حريته الشــخصية". وما تقضي به المادة (٣١،١٧) مدني، من أنه: "يقع بــاطلاً كــل شــرط يقضــي بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع". ، ومــا يقضــي بــه

القانون من أنه يقع باطلاً رهن المال المستقبل، وما تنص عليه المادة (١٠٣) من قانون العقوبات، بقولها: "كل موظف عمومي طلب لنفسه أو لغيره أو قبل أو أخذ وعداً أو عطية لأداء عمل من أعمال وظيفته، يعد مرتشياً، ويعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة، وبغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تزيد على ما أعطى أو وعد به"، ويبدو من تلك النصوص وغيرها، أنها قد وردت بصيغة آمرة تدل على أنه لا يجوز لأحد أن يخرج عليها أو أن يخالفها، وإلا فإن جزاء ذلك الخروج سوف يكون هو الإهدار أو البطلان أو عدم الاعتداد بذلك الاتفاق.

أما إذا ورد في النص القانوني ما يدل على العمل بحكمه إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضي بخلافه، فإن ذلك يدل على أن النص من النصوص المكملة أو المفسرة، وذلك كما في النصوص الآتية:

(١) تنص المادة (٤٥٦) مدني، على أنه: "يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

(٢) تنص المادة (٤٤٨) مدني، على أن: "مصروفات عقد المقايضة، وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان مناصفة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك".

(٣) وما تنص عليه المادة (١٠٣) مدني، بقولها: "دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك".

(٤) ومن ذلك ما تقضي به المادة (٢/٥٨٦)، بقولها: "يكون الوفاء بالأجرة في موطن المستأجر ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

ففي الأمثلة المتقدمة وغيرها يفصح منطوق النص وعباراته عن طبيعة الالتزام فيه، وأنه نص مكمل أو نص آمر[1].

---

(١) د. جمال الدين العاقل – ص ٧٨، د. عبد المنعم البدراوي – السابق – ص ٩٤.

الفرع الثانى

المعيـار الموضوعـي

كثيراً ما لا تأتى النصوص القانونية بمثل هذا الوضوح فى الدلالة علـى أن النص آمر أو مكمل، وفى هذه الحالة يجب النظر إلى الأساس الذى بنـى عليـه الحكم الوارد فيها، ومدى اتصاله بالمصالح الأساسية للمجتمع أو عدم اتصاله بها. ومن المقرر أن الأحكام القانونية المتصلة بالنظام العام والآداب العامة هى قواعـد آمرة، أو ناهية لا يجوز للأفراد أن يخرجوا عليها، ولهذا تحدد معرفة المقصـود لكل من النظام العام والآداب.

أولاً: المقصود بالنظـام العـام:

يمكن القول: أن النظام العام فى المجتمع هو النظام السياسى والاقتصـادى والاجتماعى والخلقى الذى يقوم عليه كيان المجتمع فـى الدولـة، كمـا ترسـمه القوانين المطبقة فيها، فكل ما يتصل بالمصالح الأساسية العليا للنظام الاجتمـاعى فى بلد معين هو من النظام العام، وبعبارة أخرى، فإن قواعد النظـام العـام هـى القواعد التى تعتبر أساساً للقانون فى الدولة[1].

مرونة فكرة النظام العام:

وفكرة النظام العام – على نحو ما سبق – تعتبر فكرة مرنة أو نسبية. فهى تتغير من بلد إلى بلد، وفى البلد الواحد تتغير من زمان إلى زمـان. وهـذا أمـر طبيعى؛ لأن المجتمع فى تطور، وتتغير أسس تنظيمه مع تغيير المبادئ والعقـائد والمذاهب الفكرية، والاجتماعية والسياسية السائدة فيه وتكفى الإشارة هنـا إلـى اختلاف الدول فى قيامها على أساس المذهب الفردى، أو على أسـاس المذهـب الاشتراكى، لأن دائرة النظام العام تضيق إذا كان المذهب السائد فى الدولـة هـو

---

[1] د. عبد المنعم البدراوى – ص ٩٥ وما بعدها.

المذهب الفردي الذي يقدس مبدأ الحرية الفردية، ويترك للأفراد حرية واسعة في تنظيم روابطهم الخاصة، ويقدس مبدأ سلطان الإرادة، أما المذهب الاشتراكي فمن شأنه زيادة تدخل الدولة في الشئون الخاصة فترتفع بعض المصالح الخاصة إلى مرتبة المصالح العامة الجديرة بالحماية، ولهذا تكثر القيود على حرية التعاقد، حماية للضعفاء من الاستغلال[1].

ومن ثم كان ما يعتبر من النظام العام في بلد لا يعتبر كذلك في بلد آخر، بل قد يعتبر نقيضه من النظام العام، وذلك كالجمع بين أكثر من زوجة، وحق الطلاق، يعتبران من النظام العام في الدول الإسلامية، بحيث لا يجوز النزول عنهما، وكل اتفاق يستبعد حرية المسلم في الزواج بأكثر من واحدة، وحقه في تطليق زوجته هو اتفاق باطل لمخالفته للنظام العام في بلد إسلامي، وهذا عكس ما هو مقرر في كثير من البلاد الغربية، حيث يعتبر عكسه من النظام العام.

كذلك فإن ما يعتبر من النظام العام في وقت معين قد لا يعد كذلك في زمان آخر، فقديما ذهبت المحاكم الفرنسية إلى أن الاتفاق على تقييد حق المالك عند التصرف في ملكه يعتبر مخالفا للنظام العام، وخروجه على أساس من الأسس الاقتصادية التي يقوم عليها المجتمع وهو حرية تداول الأموال، وعدم حبسها عن التعامل، ولكن المحاكم الفرنسية عادت وأجازت أن يتضمن التصرف الناقل للملكية كالبيع أو الهبة أو الوصية، شرطا يمنع المتملك من التصرف لمدة معقولة متى وجدت مصلحة خاصة جدية تبرر هذا المنع[2].

وفي النهاية، فإن المشرع لم يحدد فكرة النظام العام، مؤثرا ترك تحديدها للقضاء، فالقاضي في خصوص فكرة النظام العام، هو الذي يقع عليه عبء تحديد ما يعتبر من النظام العام وما لا يعتبر، وهو في سبيل ذلك يستعرض المبادئ

---

(1) المرجع نفسه – ص ٩٦، د. سليمان مرقس – ص ٩٩، د. عبد المنعم الصدة – فقرة ٥٢، د. جميل الشرقاوي – فقرة ٢٧، د. أحمد سلامة – فقرة ٣٨، د. شمس الدين الوكيل – فقرة ٦٧، د. حسن كيرة – فقرة ١٩.

(2) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٩٧.

الأساسية للنظام الاجتماعي والقانوني في البلد، ويستخلص منها مبادئ النظام العام فيه، وهو في ذلك خاضع لرقابة محكمة النقض، ومن ثم يستطيع القضاء أن يتأثر بالتيارات الخلقية، والاجتماعية والسياسية التى تسود بلده في كل عصر وزمان[1].

النظام العام في إطار القانون العام:

تعتبر معظم أحكام القانون العام من النظام العام، وهذا أمر يتفق مع طبيعة تلك القواعد لأن القانون العام، يشمل القواعد التى تبين نظام الدولة من النواحي السياسية والدستورية والإدارية والمالية، وتحمى هذا النظام من أى اعتداء، فكل ما يتعلق بالقانون الدستوري هو من النظام العام، فالتنظيم السياسي للدولة، والحقوق والحريات العامة التى كفلها القانون الأساسي (الدستور) كلها من النظام العام، ولذلك فإنه لا يجوز - مثلا - الاتفاق على النزول عن حق الانتخاب أو استعماله على وجه معين لصالح أحد المرشحين، ولا يجوز لأحد النزول عن حرياته العامة بجميع صورها. كحرية العقيدة مثلا، أو حريته في التنقل، أو في سائر مظاهر الحرية الشخصية، ولا يجوز أن تكون الوظيفة العامة موضوع تعامل، فلا يجوز النزول عن الوظيفة العامة لصالح شخص آخر غير الموظف، وفي القانون المالي، لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الضرائب التى أوجبها القانون، وفي القانون الجنائي يبطل الاتفاق على الجريمة أو على النزول عنها من جانب المجني عليه ، ولا يعتد برضائه بها.

وقوانين التنظيم القضائي كلها من النظام العام، لاتصالها بتنظيم السلطة القضائية[2].

النظام العام في دائرة القانون الخاص:

أما في دائرة القانون الخاص، فإن فكرة النظام العام تعتبر أقل ظهورا، سيما في تلك الشرائع التى يسودها المذهب الفردي، أما في البلاد ذات النزعة الاشتراكية، فإننا نجد أن فكرة النظام العام تدخل في القانون الخاص إلى مدى بعيد.

---

(1) المرجع نفسه.

(2) المرجع نفسه - ص ٩٨.

ولهذا أصبح القانون الخاص في تلك البلاد يقترب من القانون العام وينطبع بطابعه، على أن دخول فكرة النظام العام في مجال القانون الخاص، ليس بدرجة واحـــدة، لأن هذه الروابط تنقسم إلى روابط الأحوال الشخصية، وروابط المعاملات الماليـــة والنظام العام لا يدخل هذين النوعين من الروابط بدرجة واحدة ، ولهذا ينبغي بيان الفرق بينهما :

(١) النظام العام وروابط الأحوال الشخصية:

الأحوال الشخصية ، هي المسائل المتصلة بحالة الشخص وأهليته ، وبنظام الأسرة . ولما كانت الأسرة هي الخلية الأولى في المجتمع ، كان من الطبيعـــي أن يكون تنظيمها تنظيماً آمراً لاتصاله بالنظام العام ، وذلك كالزواج ، وما ينشأ عنـــه من العلاقات الأسرية ، وحالة الشـــخص القانونيـــة وأهليتـــه ، كـــل ذلـــك مـــن الموضوعات الآمرة التي لا يجوز تركها لحرية الإرادة . ومن ثـــم كـــانت جميـــع القواعد المنظمة للأهلية ، قواعد آمرة ، ولهذا نصت المادة (٤٨) مدني ، علـــى أنه: " ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها ، فالسن التي يحددهـــا القانون للرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة ، فلا يجـــوز إنقاصـــها أو زيادتها بالاتفاق ، ولا يجوز للقاصر أن يتنازل عن حقه في إبطال العقد عند بلوغه ، وكل نزول عنه – وقتئذ – يعد باطلاً وذلـــك كـــالطلاق والحضانـــة ، والطاعـــة والولاية، لأن تلك السلطات لم تمنح للمصلحة الخاصة لشخص من منحـــت لـــه . وإنما لمصلحة الأسرة كي تقوم على أساس متين .

(٢) النظام العام والروابط المالية:

ومن المعلوم أن تنظيم الروابط المالية متروك – بحسب الأصـــل – لحريـــة الأفراد ، لأن مبدأ سلطان الإرادة هو أساس هذا التنظيم، لكن بعض نواحي الروابط المالية والاقتصادية والاجتماعية قد يقتضي أن تنظمها الدولـــة بقواعـــد آمـــرة ، ويمكن إرجاع المسائل المالية المتصلة بالنظام العام فيما يأتي :

(أ) القواعد المتعلقة بالشكل :

القاعدة العامة أن التصرفات القانونية رضائية ، أي تتم بمجرد الـــتراضي ، دون حاجة إلى أن تفرغ في شكل معين كالكتابة مثلا ، بيد أنه استثناء مـــن هـــذا

الأصل ، قد يشترط المشرع إفراغ التصرف في شكل معين ، وإلا فلا يعتد بـــه ولا يرتب عليه الأثر الذى أراده المتعاقدان ، وذلك كاشتراط الشكل الرسمى المتمثـــل في إتمام التصرف أمام موظف رسمى هو موثق العقود ، وذلك في بعض العقـــود كالهبة (مادة ٤٤٨) مدني ، التي تنص على أنه : " تكون الهبة بورقة رســـمية ، وإلا وقعت باطلة " ، وكالمادة (١٠٣١ مدنى) التى تنص على أنـــه : " لا ينعقـــد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية " ، فالشكل الذي يجب أن ينعقد فى إطاره هـــذان العقدان يعتبر من النظام العام ، فإذا لم يتم العقد فى إطاره فإنه ينعقد باطلاً .

(ب) القواعد المتعلقة بمراعاة أحد المتعاقدين :

وكما هو معروف ؛ فإن القانون يلقى على عاتق كل مسئول حماية مصالحه ورعايتها فى العقد ، ولكن المشرع لاحظ أن مركز المتعاقدين فى بعض العقـــود ، لا يكون متساوياً ، بحيث يكون أحدهما ضعيفاً والآخر قوى يمكن أن يفرض عليـــه شروطاً تعسفية أو يستغله على نحو ما ، ولهذا تدخل لحمايته بنصوص آمـــرة لا يجوز استبعاد حكمها باتفاق الطرفين وذلك مثل القواعد المنظمة لعقـــد العمـــل ، ولعقد التأمين ، والمقررة لحماية أحد المتعاقدين فى عقود الإذعان ، ومـــن أثـــر الظروف الطارئة ، وكذلك القواعد المقررة لحماية الإرادة من العيوب التى يمكـــن أن تعتريها كالتدليس أو الاستغلال أو الإكراه .

(ج) القواعد المنظمة للحقوق العينية العقارية :

القواعد المتعلقة بتنظيم الملكية تعتبر قواعد آمرة، لأن الملكية هـــى مـــن النظم الأساسية فى المجتمع.

ومن ذلك القواعد المتعلقة بشهر التصرفات المتعلقـــة بالملكيـــة العقاريـــة والحقوق العينية الأخرى التى ترد على العقارات كالارتفاق والرهون، ومقتضـــى قواعد الشهر، أن الملكية أو الحق العينى على العقار لا ينشأ، أو لا يحتج به على

الغير إلا إذا تم شهره، وفقاً للاجراءات التى ينظمها قانون الشهر العقارى، فــهذه القواعد تعتبر من النظام العام التى لا يجوز الخروج عليها.

(د) القواعد المتعلقة بالصالح الاقتصادى العام:

وذلك مثل تنظيم الائتمان العام، وتسعير بعــض الســلع تســعيراً جبريــاً، والقوانين التى تصدر فى أوقات الأزمات بإعطاء آجال للمدينين، والقوانين التـــى تفرض لأوراق البنكنوت سعراً إلزامياً، والقواعد المتعلقة بتحديد سعر العائد، كــل تلك القواعد تعتبر آمرة وذلك لتعلقها بأمور تعتبر من النظام العام فى المجتمع.

ثانياً: الآداب العامـــــة:

والآداب العامة تمثل جزءاً من النظام الأخلاقى الذى يعتبره المشرع أساســاً للتنظيم القانونى فيه، وهى تتكون مع مرور الأيام بفعل المعتقدات الموروثة، ومــا جرى عليه العرف وتواضع عليه الناس، ولهذا، فإن تلك القواعـــد تعتـــبر غـــير منضبطة، كما تعتبر نسبية ومرنة على نحو ما هو معروف فى النظام العام.

كما أن فكرة الآداب العامة – هى الأخرى نسبية – تختلف باختلاف الزمــان والمكان فما يعتبر فى بلدنا مخالفاً للآداب العامة، قد لا يكون كذلك فى بلد آخـــر، وما يعد من الآداب العامة داخل المجتمع فى وقت معين لا يعتبر كذلك فـــى وقـــت آخر، وذلك مثل عقد التأمين على الحياة اعتبرته كثير من الشرائع فى أول ظهوره من العقود المخالفة للآداب والنظام العام أيضاً، وذلك بدعوى أن حياة الإنســـان لا يجوز أن تكون موضوع تعامل ولأن وفاة الإنسان لا يجوز أن تكون مصدر اغتناء لغيره، ولأنها خشيت أن يتعجل المستفيد وفاة المؤمن عليه، ثم مـــا لبثـــت هـــذه القوانين أن اختلفت نظرتها للتأمين على الحياة، فأقرته، ووضعت له القواعد التى تكفل عدم خروجه على الآداب العامة وأصبح اليوم نظاماً مســـلماً بـــه فـــى كـــل الشرائع.

ومن تطبيقات فكرة الآداب العامة، إبطال القضاء للاتفاقات التي يقصد منها إيجاد علاقة جنسية غير مشروعة أو الاستمرار فيها، وكذلك الاتفاقات المتعلقة بممارسة الأنشطة المحرمة كالدعارة والمقامرة والرهان، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالاتفاق على أمر يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، فإنه يعتبر باطلاً لذلك[1].

---

[1] د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٣٨٧، د. عبد المنعم البدراوي – ص ١٠٢، والوسيط للسنهوري – جـ١ – فقرة ٢٢٨، د. عبد الودود يحي – ص ٧٠، د. جمال الدين العاقل – ص ٨٤ وما بعدها.

الباب الثانى

أنواع القواعد القانونية

ينقسم القانون فى الجملة إلى قانون عام وقانون خاص، وهذا التقسيم قديم يرجع إلى عهد القانون الرومانى، لكنه مع قدمه ما زال قائماً ومعمولاً به حتى اليوم.

والقانون العام؛ يطلق ويراد به جملة القواعد التى تنظم كيان الدولة والعلاقات التى تكون طرفاً فيها باعتبارها صاحبة سيادة وسلطان، ويشمل مجموعة القواعد التى تبين نظام الدولة الأساسى، وتنظيم العلاقات التى تنشأ بين السلطات المختلفة، وتلك التى تنشأ بين الدولة وغيرها من الدول أو بينها وبين الأفراد.

أما القانون الخاص؛ فإنه يطلق على مجموعة القواعد التى تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم أو بينهم وبين الدولة لكن ليس باعتبارها صاحبة سيادة وسلطان، وإنما باعتبارها فرد عادى، لأن الدولة قد تمارس بعض الاختصاصات القانونية وهى صاحبة سيادة مثل قيامها بالقبض على المجرمين ومحاكمتهم. وقد تقوم بالعمل ليس على هذا النحو، وإنما كفرد عادى مثل قيام الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية بتأجير وحدة سكنية من شخص أو بالبيع والشراء منه. فإنها هنا لا تتعامل باعتبارها صاحبة سيادة وسلطان، ولكن كفرد عادى، فتخضع عند القاضى للقضاء العادى، وليس القضاء الإدارى.

ومن الطبيعى أن تختلف قواعد القانون العام عن قواعد القانون الخاص، ولهذا قال مونتسكيو فى كتابه (روح القانون) : من غير الصواب أن نخضع القانون العام الذى ينظم الأمة والدولة والعالم لنفس القواعد التى تنظم حقوقنا الخاصة[1].

---

[1] نقلاً عن: د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ٥٨.

الفصل الأول

فروع القانون العام

القانون العام – وكما سبق القول – ينظم العلاقات التى تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها صاحبة السلطان الأعلى فى المجتمع، وهذا القانون يتنوع إلى نوعين هما القانون العام الداخلى، والقانون العام الدولى.

المبحث الأول

القانون الدولى العام

والقانون الدولى العام يتمثل فى مجموعة القواعد التى تحكم تصرفات الدول المتمدينة، وذلك فيما يقوم بينها من علاقات، سواء فى وقت السلم أو فى وقت الحرب.

ويبدأ القانون الدولى العام ببيان أشخاص العلاقات التى ينظمها. سواء أكانت دولاً. أم هيئات ومنظمات دولية، ويحدد حقوقها وواجباتها. كحق الدولة فى البقاء، وحقها فى الحرية والسيادة، وحقها فى المساواة والاحترام المتبادل، ثم يبين إقليم الدولة ومدى حق الدولة على هذا الإقليم.

كما يبين القانون الدولى الأحوال التى تتعرض فيها الدولة للمسئولية الدولية. وتنظيم العلاقات الدولية من حيث التمثيل الخارجى والمؤتمرات. والمعاهدات. والمنظمات الإقليمية العامة، كما يرسم الطرق الودية لفض المنازعات الدولية. كالمفاوضة والتحكيم، وتسمى القواعد التى تنظم تلك الروابط بقانون السلم.

فإذا لم تفلح الوسائل الودية لفض المنازعات الدولية، وقامت الحرب، فـإن المجتمع الدولى ينقسم إلى قسمين، الدول المحاربة، والدول المحـايدة، ويتولـى القانون الدولى العام، وضع قواعد للحـرب مبينـاً كيفيـة إعلانـها، ووسـائلها المشروعة، وغير المشروعة، وحقوق وواجبات كل من المتحاربين تجاه العدو، ثم هو بعد ذلك ينظم علاقة الدول المحاربة بالدول المحايدة من خلال تحديد حقـوق وواجبات كل منها تجاه الأخرى، وهذه القواعد المنظمة للحرب والحياد تعرف باسم قانون الحرب والحياد.

مصادر القانون الدولى العام:

وللقانون الدولى العام مصادر أساسية ثلاثة؛ هى العـرف، والمعـاهدات، ومبادئ القانون العامة التى أقرتها الدول المتمدينة، ونبين ذلك:

(١) العـــرف:

يمثل العرف أهم مصدر من مصادر القانون الدولى العام، لأن الجانب الأكبر من قواعده لا يزال عرفياً، وفى هذا يختلف القانون الدولى العـام عـن القـانون الداخلى، حيث يعتبر العرف مصدراً فى المرتبة الثانية بعد التشريع.

والعرف الدولى يتكون بنفس الطريقة التى يتكون منها العرف الداخلى، أى بتكرار الأعمال المماثلة فى سلوك دول مختلفة بالنسبة لأمر من الأمـور، حتـى تصبح تلك القواعد ملزمة بفضل الاعتقاد الذى يترسخ لدى الدول بذلك.

وقد يكون هذا العرف إقليمياً إذا كان وليد ظروف خاصة بجماعة معينة من الدول، أو بمنطقة محدودة من العالم، كما قد يكون العرف عاماً أو دولياً إذا تناول الشئون الدولية للكوكب الأرضى.

(٢) المعاهدات الشارعة:

وهى تلك الاتفاقات الدولية التى تقرر قاعدة من قواعـد القـانون الدولى العام، أو تقر أو تحدد، أو تعدل أو تلغى قاعدة من هذه القواعد

والمعاهدات الشارعة نوع من المعاهدات، لأن المعاهدات قد تكون خاصة، وقد تكون عامة، والمعاهدات الخاصة هى تلك التى تكون بين عدد محدود من الدول فى أمر خاص بها، وهى بطبيعة الحال لا تلزم إلا المتعاهدين، ولذلك فإنها لا تعتبر بذاتها مصدراً لقواعد القانون الدولى العام، ولكنها قد تكون سبباً فى خلق قاعدة دولية إذا تكرر إبرام مثلها، ومن ذلك القاعدة التى تحرم تسليم اللاجئين السياسيين، وهنا تصبح هذه القاعدة ملزمة بالعرف الذى ينشأ من تكرار إبرام الاتفاقات بشأنها.

أما المعاهدات العامة؛ فهى تلك التى تبرم بين عدد غير محدود من الدول، فى شأن يهم الدول جميعاً، وذلك بقصد وضع قواعد دولية عامة، وتسمى لذلك بالاتفاقات الشارعة، وذلك مثل اتفاقيات لاهاى لسنتى ١٨٩٩ ، ١٩٠٧، التى تعتبر بمثابة تقنين للقواعد المنظمة للحرب، والقواعد الخاصة بتسوية المنازعات الدولية، تسوية سلمية، وكذلك ميثاق الأمم المتحدة المبرم فى سان فرنسيسكو سنة ١٩٤٥.

(٣) المبادئ القانونية العامة:

وهى المبادئ الأساسية التى تستند إليها وتقرها النظم القانونية فى معظم بلاد العالم المتمدينة، ومن تلك المبادئ ذلك المبدأ القانوني الذى يقضى بمسئولية من فعل الضرر بالتعويض عنه، ومبدأ احترام العقود، ومبدأ الظروف الطارئة، ومبدأ التحلل من العقد إذا أخل به الطرف الآخر، وغير ذلك من المبادئ القانونية المقررة[1].

وقد أثار عدم اقتران القواعد القانونية المتعلقة بالقانون الدولى العام بجزاء يكفل تطبيقها من المجتمع الدولى تساؤلاً عن مدى اعتبارها قواعد قانونية بالمعنى الصحيح الذى تقترن فيه القاعدة بجزاء، وأثار ذلك خلافاً فى الرأى.

---

[1] د. عبد المنعم البدراوى – ص ٦٠ وما بعدها.

فذهب بعض الفقهاء إلى أن قواعد القانون الدولى العام ليست قواعد قانونية بالمعنى الصحيح نظراً لعدم وجود سلطة عليا فوق الدولة تتولى تنفيذ أحكامها وتوقيع الجزاء على الدول التى تخالف هذه القواعد.

وذهب فريق آخر من الشراح إلى أن قواعد القانون الدولى العام لها صفة القانون بمعناه الصحيح، وقد ردوا على الرأى الآخر بأن الجزاء متوافر فى هذه القواعد، وأن المجتمع الدولى هو الذى يناط به تنفيذ أحكامها ويتولى توقيع الجزاء على الدولة المخالفة، وأن المجتمع يقوم بتفويض الدولة المعتدى عليها فى توقيع الجزاء المناسب، غير أن هذا التفويض – وإن سلمنا بوجوده – فإنه لا يكون مجدياً إلا فى حالة ما إذا كانت الدولة المعتدى عليها قوية الجانب أما إذا كانت ضعيفة فلا يتسنى لها ردع الدولة المعتدية بتوقيع الجزاء المناسب عليها[1].

ومما هو جدير بالذكر أن ميثاق الأمم المتحدة قد نص على إنشاء حرس دولى مهمته ضمان احترام قواعد القانون الدولى، وكان ممكناً توافر توقيع صفة الجزاء عن طريق، غير أن الدول الكبرى تحول دون ذلك لتحقيق مطامعها الشخصية، وتحاول أمريكا الآن أن تقوم بهذا الدور فى إطار ما تروج له من شيوع فكرة العولمة.

والحقيقة أن قواعد القانون الدولى قواعد قانونية خاصة، وذلك لعدم جدية الجزاء المقرر عند الخروج عليها، ونادراً ما تحترم هذه القواعد إذا كانت هناك دول منتصرة فى الحرب، أو دولة قوية تكيل فى المواقف الدولية بمكيالين.

ومع هذا فإن القانون الدولى العام معترف بوجوده من جانب الدول جميعاً. ولم تقدر أى دولة على التصريح بنفي الاعتراف بهذا القانون. لأنه – على الأقل – يكشف عن رغبة كل دولة فى أن تعيش على ضوء المبادئ الدولية التى يتبناها.

---

(1) د. جمال الدين طه العاقل – ص ٣٦٠، د. سليمان مرقس – ص ٥٢ وما بعدها؛ د. حسن كيرة – ص ٨٢.

ونظراً لأن هذا القانون فى دور التطور فإن بعض قواعده لا تـــزال محـــل إهمال من بعض الدول، أو عدم احترام كامل له.

ومما لا ريب فيه أنه سيأتى الوقت الذى تصبح فيه أحكام هذا القانون قـــد بلغت من القوة والاحترام، ما يكفل تنفيذها فى المجتمع الدولى بأسره[1] ، حيث أن العالم متجه بفضل تقدم العلوم وسرعة الاتصال إلى أن يكون كالدولة الواحدة ، بل كالقرية الواحدة .

---

[1] د. جمال الدين العاقل – السابق، د. جمال زكى – ص ١٩٩.

المبحث الثاني

القانون العام الداخلى

والقانون العام الداخلى يتنوع إلى عدة فروع منها القانون الدستورى، والقانون الإدارى، والقانون المالى، والقانون الجنائى، ونخصص لدراسة كل فرع مطلباً.

المطلب الأول

القانون الدستوري

هو ذلك الفرع من فروع القانون العام الداخلى الذى يتضمن مجموعة القواعد الأساسية التى تحدد شكل الدولة ونوع الحكومة، وكيفية تنظيم السلطات العامة فى الدولة من حيث تكوينها واختصاصاتها، وتنظيم علاقة السلطات بعضها بالبعض، وتقرير الحقوق الأساسية للأفراد، وتنظيم علاقتهم بالدولة وسلطاتها.

والقانون الدستورى مرتبط بوجود الدولة، حيث لا يمكن أن يوجد مجتمع على شيئ من النظام بدون قواعد أساسية تبين نظام الحكم فيه، وسواء أكانت تلك القواعد مدونة فيما يسمى بالدستور المكتوب، أم وليدة سوابق عرفية مستقرة لها فى نفوس الجماعة إلزام القانون.

فالقانون الدستورى، يحدد شكل الدولة، ونوع الحكومة. وهل هى ملكية أو جمهورية أو استبدادية أو ديمقراطية أو دكتاتورية ، برلمانية أو غير برلمانية. بسيطة أو اتحادية ، وغير ذلك من الأشكال التى يمكن أن تتخذها الدولة.

ثم هو يحدد السلطات العامة للدولة، فيبين كيفية تشكيل، واختصاص كل منها وتنظيم العلاقة بين هذه السلطات.

ثم هو يبين الحريات والحقوق العامة، ويحدد مدى سلطان الدولة فى مواجهة الأفراد، وذلك كله من خلال الدستور.

والدستور هو القانون الأساسي للدولة، حيث يقوم ببيان المسائل الســـابقة جميعها وتختلف الدساتير من حيث كيفية وضعها، فمنها ما يصدر في شكل منحــة من صاحب السلطان ، ومنها ما يصدر عن جمعية تأسيسية تشكل لذلك، ومنها مـا يوضع باستفتاء شعبي ومنها ما يتكون نتيجة للأعراف والتقـاليد، وقـد يكـون الدستور مرناً يسهل تعديله بواسطة السلطة التشريعية العادية، وقد يكون جامداً لا يعدل إلا بهيئة خاصة ينص الدستور على تشكيلها، ويرسم لها اجراءات خاصة في مباشرة عملها.

المطلب الثانى

القانــون الإدارى

وهو ذلك الفرع من فروع القانون العام الذى يتضمن جملة القواعد المتعلقة بنشاط الدولة الإدارى فى قيامها بوظيفتها الإدارية، أو هو مجموع القواعد التـــى تتعلق بالمرافق العامة للدولة من حيث إنشاء تلك المرافق، وتنظيمها، وإدارتـــها بواسطة السلطات والهيئات الإدارية، ومن حيث علاقة هذه المرافق بالجمهور.

وأساس ذلك؛ أن وظائف الدولة يمكن إرجاعها إلى ثلاثة مهام:

أولهـــا: الوظيفة التشريعية، ويقصد منها تنظيم العلاقات الاجتماعية داخل الدولة عن طريق سن القوانين اللازمة لذلك.

وثانيها: الوظيفة القضائية، أى التى تهدف إلى حماية الحقوق، وإعمـــال حكم القانون فيما ينشأ بشأنها من منازعات.

وثالثها: الوظيفة الإدارية، التى تضطلع بتقديم الخدمات للأفراد عن طريق القيام بمشروعات عامة تنشئها الدولة وتنظمها وتديرها، وتسمى هذه المشروعات بالمرافق العامة، وهذه المرافق العامة تقوم بها السلطات الإدارية المختلفة. سواء أكانت سلطات مركزية أم سلطات محلية، أم سلطات إقليميـــة. وهـــذه الســـلطات الإدارية المركزية والمحلية تتولى إدارة المرافق العامة بمقتضى مالها من سلطات تنظيمية من خلال وضع اللوائح، وسلطات تأديبية، لتأديب المخطئين من موظفـــى ومستخدمى هذه المرافق، وإدارية تتمثل فى إصدار القرارات الإدارية الآمـــرة أو الناهية من الرؤساء الإداريين لمرءوسيهم. وهذه الوظيفة الأخيرة للدولة. وهـــى الوظيفة الإدارية، تمثل موضوع القانون الإدارى، الذى يمكن تعريفه بأنه:

ذلك الفرع من فروع القانون العام الذى يحكم المرافق العامة. مـــن حيـــث تنظيمها وبيان كيفية سيرها ، وجدير بالذكر أن السلطة التنفيذية تقوم بأداء نوعين من الأعمال، وهما: أعمال السيادة، وأعمال الإدارة. والأولى مثل إعلان الحـــرب

ودعوة المجلس التشريعى للإنعقاد، والثانية مثل تنظيم شئون الحياة فى المجتمـــع كتعيين الموظفين وفصلهم وإصدار القرارات الإدارية.

ويدخل فى نطاق القانون الإدارى الموضوعات الآتية:

أولاً: عمال المرافق العامة، أى بيان الأشخاص الذين يتولون الوظائف المتعلقـــة بسير المرافق العامة وإدارتها، وذلك بتحديد حقوقهم وواجباتهم، وبيان الســـلطات الإدارية المختلفة وما تتمتع به من حقوق وامتيازات.

ثانياً: أموال المرافق العامة، وهى تلك الأموال المنقولة والعقارية التى تستخدمها السلطات الإدارية فى إدارتها للمرافق العامة.

ثالثاً: الطرق المختلفة لاستغلال وإدارة المرافق العامة، ويضاف إلى ذلك القضـــاء الإدارى الذى يعتبر تابعاً لتلك الجهات الإدارية من أجل فض المنازعات المتعلقـــة بها استقلالاً عن جهة القضاء المدنى.

مصـــادر القانـــــون الإدارى:

القانون الإدارى قانون حديث لم يظهر إلا منذ عهد قريب، ولم يكتمل نمـــو بعد فى معظم دول العالم فلم تكن الدولة تسأل أمام القضاء عن أعمالـــها الضـــارة وغير المشروعة بوصفها صاحبة السلطان، لكن إذا شب نزاع مدنى بينها وبيـــن الأفراد وتجردت عن صفتها تلك فإنها كانت تخضع لأحكام القانون المدنى.

إلا أنه لما تقررت مسئولية الإدارة عن جميع أعمالها بدا أن قواعد القانون المدنى لا تلائم علاقات القانون العام، فأخذت قواعد القانون الإدارى تظهر مستقلة ومتميزة عنه، وقد بدأ ذلك الاستقلال فى فرنسا، ثم انتهى إلى مصر، فتم إنشـــاء مجلس الدولة الذى شارك القضاء المدنى فى بعض المنازعات الإدارية، وإن كـــان القضاء المدنى قد ظل مختصاً بالنظر فى دعاوى المسئولية المدنية التى ترفع على جهة الإدارة لطلب التعويض عن ضرر حدث منها، ولـــهذا يمكـــن اعتبـــار تلـــك المصادر كما يلى:

أولاً: قواعد القانون المدنى، والقانون الخاص على وجه العموم، حيث أن تلك القواعد تعتبر مصدراً لكثير من أحكام وقواعد القضاء الإدارى فى مصر.

ثانياً: المبادئ القانونية للقضاء الإدارى، ذلك أنه نظراً لحداثة ظهور القانون الإدارى وعدم تقنينه، فإنه قد سمح لنفسه كثيراً بأن يضع مبادئ قانونية دون أن يستند إلى نصوص تشريعية، ولذلك فإنه يصح القول الشهير: أن القانون الإدارى، قانون قضائى ، أى من صنع القضاء.

ثالثاً: التشريعات المتفرقة لبعض موضوعات القانون الإدارى، فمن المعروف أن هناك جملة من التشريعات التى تنظم بعض مسائل القانون الإدارى، ولكنها لم تجمع إلى الآن فى مجموعة واحدة ولذلك نجد بعضها فى الدستور، وبعضها فى قوانين ولوائح متفرقة، مثل قوانين الموظفين، والعاملين بالقطاع العام، والإدارة المحلية، وقانون مجلس الدولة، وقانون التزام المرافق العامة، وقانون ديوان الموظفين وغيرها.

رابعاً: وفيما يتعلق بالإجراءات، فإنه لم يصدر بعد قانون خاص بها ليبين الإجراءات التى تتبع أمام القضاء الإدارى، وذلك على غرار قانون المرافعات المدنية والتجارية التى تلتزم به المحاكم المدنية، ولهذا نص قانون مجلس الدولة رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ على بعض الإجراءات فى المواد ٢٢-٢٧، وأحال إلى قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما لم يرد فيه نص، وذلك إلى حين صدور قانون الإجراءات الخاص بالقضاء الإدارى(١).

مميزات القانون الإدارى:

ويمكن إجمال ما يتميز به القانون الإدارى فيما يلى:

(١) أن القانون الإدارى قانون غير مقنن بمعنى أنه لا تشمله مجموعة واحدة مبوبة كالقانون المدنى أو التجارى أو الجنائى، ومن أجل ذلك فإن قواعده متناثرة ومبعثرة فى طيات القوانين واللوائح المتعددة، ونظراً لعدم وجود تقنين خاص،

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٦٧.

فإنه قد أتاح للقضاء أن يبدع في استنباط أحكام قضائية من المبادئ العامة للقانون، وسمي قضاء الإبداع لذلك.

(٢) أن غالبية قواعد القانون الإداري تعتبر من خلق مجلس الدولة وابتكاره، وذلك بسبب عدم وجود النص القانوني المكتوب.

(٣) تتسم قواعده بالتطور والتغير – كما أشرنا – لأنه يحاول التوفيق بين مقتضيات الإدارة المتغيرة وبين حماية حقوق الأفراد، وذلك نظراً لعدم وجود النص الذي يحكم أفق التفكير القانوني بعيداً عن الإبداع[1].

---

[1] في هذا المعنى: د. جمال الدين العاقل – ص ٤٥.

المطلب الثالث

القانــون المالي

يمكن تعريف القانون المالى بأنه: مجموعة القواعد القانونية التــى تنظــم مالية الدولة ، أى ميزانيتها من حيث الإيرادات والمصروفات كما تشمل دراســـة الضرائب والقروض، والقواعد التى تحكم ميزانية الدولة على وجه العموم.

وعلى ذلك فالقانون المالى يبين موارد الدولة وطرق جبايتها ويحدد طــرق إنفاقها.

ويراعى أن التشريع المالى كان إلى عهد قريب جزءاً من القــانون الإدارى يختص بالجانب المالى للسلطة الإدارية، إلا أنه قد استقل وصار فرعاً مستقلاً مــن فروع القانون[1].

موضوعات القانون المالى:

ويبدو من التعريف بالقانون المالى ؛ أن موضوعاته تدور حول ميزانيـــة الدولة بما تنقسم إليه من إيرادات ومصروفات، وكيفية جمع الإيــرادات. وإنفــاق المصروفات.

ومصادر الإيرادات متنوعة، فهناك الضرائب، وما تــأخذه الدولــة نظــير خدمات تؤديها بواسطة المرافق العامة التى تديرها أو تشرف عليها، ومــا يعــود على الدولة من أموالها الخاصة، أو ما تبيعه منها، وهناك القروض التى تقترضها الدولة لتقوم بتنفيذ المشروعات التى تحتاج إلى أموال خاصة.

---

(1) د. جمال الدين طه العاقل – ص ٥٧، د. عبد الرازق فرج – ص ٢٤.

أما المصروفات، أو النفقات العامة، فهى ما تنفقه الدولة علـــى المرافــق العامة كالدفاع والأمن والتعليم والصحة والقضاء، وغير ذلك من المرافــق، كمـا تشمل النفقات أيضاً، رواتب الموظفين والعمال، وما تنفقه فـــى ســبيل التكــافل الاجتماعى الذى نص عليه الدستور(١).

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٦٨.

المطلب الرابع

القانـــون الجنـــائى

يعرف القانون الجنائى بأنه: مجموعة القواعد القانونية التى تحدد الجرائـم المعاقب عليها ، والعقوبات المقررة لمن يرتكبها ، والإجراءات التى تتبع فى تعقب المتهم ومحاكمته وتنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه.

وبناء على ذلك فإنه ينقسم إلى فرعين رئيسيين هما:

أولاً: قانون العقوبات، وهو ذلك الفرع من القانون الجنائى الذى يحـــدد الجرائـم المعاقب عليها، والعقوبات المقررة لمن يرتكبها.

ثانياً: قانون الإجراءات الجنائية، وهو الفرع الذى يعنى بدراسة الإجراءات التـــى تتبع فى محاكمة المتهمين، وتنفيذ العقوبة المحكوم بها عليهم.

أما القسم الأول وهو قانون العقوبات فينقسم بدوره إلى قسمين:

(أ) القسم العام من قانون العقوبات.

(ب) القسم الخاص من قانون العقوبات.

(١) المسائل التى ينظمها القسم العام:

يتولى القسم العام من قانون العقوبات تنظيم الموضوعات الآتية:

(أ) بيان المبادئ العامة للمسئولية الجنائية دون التعرض للأحكام الخاصة بكـل جريمة على حدة.

(ب) كما يبين أنواع الجرائم وما تنقسم إليه من مخالفات وجنح وجنايات.

والمخالفات جمع مخالفة، وهى الجريمة التى تكون عقوبتها الحبس لمـــدة لا تزيد على أسبوع والغرامة التى لا تتجاوز مائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين.

وأما الجنحة: فهي الجريمة التى تكون عقوبتها الحبس مدة تزيد على أســـبوع وغرامة تزيد على مائة جنيه.

وأما الجناية: فإنها الجريمة التى تكون عقوبتها السـجن أو الأشـغال الشـاقة المؤقتة أو المؤبدة أو الإعدام، وكما يبدو فإن هذا التقسيم بين تدرج الجرائم فـى جسامتها من خلال شدة العقوبات المقررة لها.

(ج) كما يبين – كذلك – العقوبة من حيث أنواعها وتعددها وســقوطها والإعفـاء منها، والعوامل التى ينبغى أن تؤخذ فى الاعتبار عند الحكم بها تشديداً وتخفيفـاً بحسب ظروف كل جريمة، وسلوك كل جان عند اقترافها بحيث تتلاءم العقوبة مـع الجريمة ، كما يوضح الركنين اللازم توافرهما لقيام الجريمة، وهما ركنان: ركـن مادى وركن معنوى، والأول يتكون من السلوك والنتيجة وعلاقة السببية بينـهما، والثانى هو القصد ، الذي يتكون من العلم والإرادة ، أي علم الجاني بأن ما يفعلـه جريمة .

(٢) وأما القسم الخاص من قانون العقوبات: فإنه يبين الأحكام الخاصـــة بكـل جريمة على حدة كما يوضح أن نوع الجرائم متعددة، فمنها ما يقع علـى الدولـة مباشرة فيخل بأمنها الداخلى والخارجى مثل جرائم التزييف فى العملة والاختلاس، والرشوة والتجسس وإفشاء الأسرار الحربية.

وقد تقع الجرائم على الأفراد، فيكون منـها مـا يصيـب النفـس كـالقتل والضرب، وقد تقع على أموالهم كالسرقة والنصب وخيانة الأمانة.

ومن الجرائم ما يقع على العرض والشرف كالزنا والقذف والسب.

ثانياً: قانون الإجراءات الجنائية:

هو مجموعة القواعد التى تحدد الإجراءات الواجب اتباعها عند وقوع الجريمة سواء تعلقت هذه الإجراءات بالتحقيق أو بالمحاكمة أو بطرق الطعن فيها، أو بتنفيذها.

ويلاحظ أن قواعد الإجراءات الجنائية قواعد شكلية تبين الإجراءات الواجب اتخاذها عند وقوع الجريمة فتحدد السلطة التى تتولى التحقيق وكيفية القيام بهذا التحقيق ، وتوضح كذلك متى يجوز القبض على المتهم ومتى لا يجوز ، ومتى يحبس حبساً احتياطياً وكيفية إحالة الدعوى إلى المحكمة المختصة وطرق السير فيها وتحدد طرق الطعن فى الأحكام.

ومن ثم يبدو أن الإجراءات الجنائية قواعد شكلية لا تبحث فى موضوع الجريمة وإنما تبحث فى الإجراءات التى يجب أن تتبع فى إسنادها للمتهم والحكم عليه بالعقوبة المقررة، وتنفيذ هذه العقوبة، على خلاف قانون العقوبات الذى يعنى بموضوع الجريمة وبيان أركانها وشروط الإسناد فيها.

الفصل الثانـــى

فروع القانـون الخـاص

القانون الخاص: هو ذلك الفرع من القانون الذى يتولى تنظيم علاقـــات الأفراد فيما بينهم سواء أكانت هذه العلاقات، علاقات أسرية أم علاقـــات ماليـــة. ويعتبر القانون المدنى أهم فروع ذلك القانون، لأنه هو الأصل الذى تفرعت عنـــه سائر الفروع.

ففى الأصل، كانت علاقات جميع الأفراد تخضع لقانون واحد، هو القـــانون المدنى، ثم أظهر الواقع أن بعض المعاملات الماليـــة، وهـــى المتعلقـــة بالمجـــال التجارى على وجه الخصوص تحتاج إلى الانفراد بقانون ينظم شئونها. يأخذ فـــى اعتباره طبيعة تلك المعاملات والوسط الذى تتم فيه، فظـــهر القـــانون التجـــارى والبحرى واستقل عن القانون المدنى، ومن ثم تفرع القانون الخاص إلى قســـمين هما: القانون المدنى، والقانون التجارى.

وأما القواعد التى تنظم الحقوق الخاصة عن طريق اللجوء للقضاء. أو مـــا يعرف بالقواعد الإجرائية والشكلية، فقد استقل بها قـــانون المرافعـــات المدنيـــة والتجارية، ولما كثرت العلاقات واتسع نطاق أطرافها ودخل فيها العنصر الأجنبى. كان لابد من وضع القواعد التى تبين القانون الواجب التطبيق على تلك العلاقـــات ذات العنصر الأجنبى، فظهر القانون الدولى الخاص، ومـــن ثـــم تفـــرع القـــانون الخاص، إلى القانون المدنى، والقانون التجـــارى، وقـــانون المرافعـــات المدنيـــة والتجارية، والقانون الدولى الخاص. وسوف نبين تلك الفروع على أن نخصـــص لكل منها مبحثاً.

المبحث الأول

القانــون المدنـي

يعتبر القانون المدنى هو أساس القانون الخاص . ويمكن تعريفـــه بأنـــه: مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات المالية والأحوال الشخصية للأفراد. إلا أن القانون المدنى المصرى لا ينظم سوى العلاقات المالية التـــى تنشـــأ بيـــن الأفراد، تاركاً مسائل الأحوال الشخصية للدين. حيث تحكمها الشريعة الإســـــلامية بالنسبة للمسلمين، وأحكام الشرائع الملية بالنسبة لغير المسلمين.

والقانون المدنى هو الشريعة العامة فى ميدان القانون الخاص فهو القانون الذى يجب تطبيقه على جميع العلاقات إذا لم يرد نص ينظمها فى فرع آخـــر مـــن فروع القانون، أى أنه الشريعة العامة التى يجب تطبيقها إذا لم يوجد نص خـــاص يتولى تنظيم المسألة فى فروع القانون المختلفة. ولذا يمكن القـــول إن القـــانون المدنى يشمل القواعد الموضوعية التى تنظم العلاقات الخاصة بين الأفـــراد فـــى المجتمع إلا ما يتكفل بتنظيمه فرع آخر من فروع القانون[1].

الموضوعات التى ينظمها القانون المدنى:

ينظم القانون المدنى نوعين من العلاقات هما: العلاقـــات الماليـــة والعلاقات الأسرية المتعلقة بالأحوال الشخصية.

أولا: العلاقـــــات الماليـــــة:

أما العلاقات المالية ويطلق عليها اصطلاح الأحوال العينية أو المعـــاملات المالية. فإنها تشمل كل ما يتعلق بنشاط الأفراد من الناحية المالية والقواعد التـــى تنظم الروابط المالية بين الأفراد وتشمل نوعين من الحقوق همـــا:

---

(1) د. [illegible] السابق – ص ٤٩.

(١) الحقوق الشخصية: وهى عبارة عن العلاقات التى تنشأ بين الأفراد والتى يترتب عليها حقوق مالية لبعضهم تجاه البعض الآخر بحيث يكون أحدهم دائناً والآخر مديناً، وتعرف بأنها علاقة بين طرفين أحدهما دائن والثانى مدين بمقتضاها يلتزم المدين فى مواجهة الدائن بأن يؤدى شيئاً أو يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل.

(٢) الحقوق العينية: وهى عبارة عن سلطة يباشرها شخص على شيئ معين تمكنه من استعماله واستغلاله والتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات كحق الملكية وحقوق الارتفاق فالعلاقات المالية يدخل فيها تعريف المال وتحديد الحقوق المالية المتباينة وطرق كسب هذه الحقوق، وانتقالها، وانقضائها، وغير ذلك من المسائل المتعلقة بالمعاملات[١].

ثانياً: العلاقات الأسرية:

أما بالنسبة للعلاقات الأسرية: فهى روابط الأحوال الشخصية التى تنشأ بين الفرد وغيره من بنى جنسه باعتباره فرداً فى أسرة، فهى تضم المسائل المتعلقة بالأهلية والزواج والطلاق والميراث والوصية والنسب والقرابة وغير ذلك من المسائل التى تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية.

ويلاحظ أن روابط الأحوال الشخصية لم ينظمها القانون المدنى وترك تنظيمها للقواعد الدينية التى تختلف باختلاف الأديان، ومع ذلك فقد نظم بعض المسائل المتصلة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والهبة.

ونظراً لاعتبارات تاريخية واجتماعية اقتصر القانون المدنى المصرى على تنظيم الأحوال العينية دون الأحوال الشخصية وإن كان الآن يسير بخطى وئيدة فنظم بعض مسائل الأحوال الشخصية كما ألفنا وقد ترك المشرع المصرى تنظيم مسائل الأحوال الشخصية لقواعد الشريعة الإسلامية والقواعد الملية المختلفة مراعاة منه للصلة الوثيقة بين الدين وروابط الأحوال الشخصية[٢].

---

(١) المرجع نفسه – ص ٦٠.

(٢) المرجع نفسه، د. عبد المنعم البدراوى – ص ٧٢، د. عبد الرازق فرج – ص ٢٩.

وقد تم وضع أول مجموعة مدنية مصرية في أواخر القرن الماضي فصدرت المجموعة المختلطة في سنة ١٨٧٥، والمجموعة الأهلية المدنية سنة ١٨٨٣، ومعظم أحكام هاتين المجموعتين قد اقتبست من القانون المدني الفرنسي وقد اقتصرت على تنظيم الأحوال العينية دون غيرها، وقد استمر تطبيق أحكام المجموعتين المشار إليهما حتى صدور القانون رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، الذي حل محله القانون المدني المصري الحالي الذي بدأ تطبيقه في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، بعد أن تم إلغاء المحاكم المختلطة وانتهاء فترة الانتقال.

وأصبح هذا القانون الجديد سارياً على الجميع دون تفريق بين وطني وأجنبي.

والقانون المدني المصري الجديد يتكون من (١١٤٩) مادة وتم تبويبه تبويباً علمياً، ويساير في الوقت نفسه الناحية العلمية:

في الباب التمهيدي: عالج مصادر القانون وتطبيق القانون من حيث الزمان والمكان والشخصية الطبيعية والشخصية المعنوية وتقسيمات الأشياء والأموال.

ثم بعد ذلك ينقسم القانون المدني إلى قسمين رئيسيين:

القسم الأول: بين فيه الالتزامات أو الحقوق الشخصية.

القسم الثاني: تكلم فيه عن الحقوق العينية الأصلية والتبعية.

والقانون المدني الجديد يتسم بأنه تفادى أوجه النقص في القانون القديم، ونظم بعض الموضوعات التي لم يعالجها القانون القديم كنظام المؤسسات وحوالة الدين وتصفية التركة وغير ذلك من المسائل.

وهذا القانون الجديد جاء متمشياً مع روح العصر ووقف موقفاً معتدلاً من المذاهب الاجتماعية ، ولكن هنالك كلمة حق يجب أن تقال وهي: أنه ينبغي تطويع أحكام هذا القانون لأحكام الشريعة الإسلامية لا سيما وأن الدستور ينص على أن الشريعة الإسلامية هي مصدر أساسي للقوانين[1].

[1] د. جمال الدين العاقل – ص ٦١، د. عبد المنعم البدراوي – السابق ، والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني – جـ١ – ص ٦٢، وما بعدها – طبعة وزارة العدل.

المبحث الثانى

القانـون التجـارى

والقانون التجارى هو مجموعة القواعد التى تنظم الأعمال التجارية ، وبعبارة أخرى هو مجموعة القواعد القانونية المنظمة للنشاط المالى ذى الصفة التجارية فهو ينظم حياة التجار أفراداً كانوا أو شركات، وينظم أنماط التعامل التجارى والأوراق التجارية[1].

والقانون التجارى يحكم الأعمال ذات الصبغة التجارية فهو يحدد معنى كلمة تاجر ويبين متى يعتبر العمل تجارياً ومتى لا يعتبر، وينظم العقود والشركات التجارية بجميع أنواعها المختلفة ويضع أحكاماً للأوراق التجارية بكافة أنواعها. مثل: الكمبيالة والشيك والسند الأذنى والسند لحامله.

ويبين واجبات التجار كمسك الدفاتر التجارية والقيد فى السجل التجارى.

كما ينظم إفلاس التاجر وما يترتب عليه من آثار وغير ذلك من المسائل المتعلقة بالنشاط التجارى وقد كان القانون التجارى جزءاً من القانون المدنى ، ثم انفصل عنه وأصبح فرعاً مستقلاً من فروع القانون الخاص وذلك فضلاً عن زيادة النشاط التجارى وما استتبع ذلك من ضرورة وضع قواعد خاصة تنظم العلاقات التجارية بطريقة تلائم ما تتطلبه هذه المعاملات من سرعة وثقة فى التعامل.

أسباب استقلال القانون التجارى عن القانون المدنى:

يمكن القول: إن استقلال القانون التجارى عن القانون المدنى يرجع إلى اعتبارين تختص بهما الأعمال التجارية وهما:

---

[1] د. عبد المنعم البدراوى – فقرة ٤٠، د. حسنى كيرة – فقرة ٣٦، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٢٠، د. جمال الدين العاقل – ص ٦٢، د. عبد الرازق فرج – ص ٢٩.

أولاً: الأعمال التجارية قوامها السرعة:

لا شك أن السرعة من الأمور التى تستلزمها الأعمال التجارية -وبخاصة - بعد اتساع مجالها وزيادتها المضطردة وهذه السرعة لا تتحقق مع وجود القيود التى يفرضها القانون المدنى، سيما ما يستغرقه من اجراءات تأخذ وقتاً قد تضيع فيه فرصة ذهبية على التاجر.

والمعاملات التجارية قوامها السرعة، وذلك على عكس المعاملات المدنية التى لا تتم بهذا البطء حيث يعمد الناس فى المعاملات المدنية إلى المساومة والأخذ والرد. كما يلجئون إلى التروى من أجل تمحيص الرأى ووزن الصفقة وفقاً لظروف العرض والطلب ولتقلب الأحداث السياسية التى قد تؤدى إلى رفع الأسعار واحتكار السلع تربصاً لغلاء المنتظر كما أن البضائع قد يتسارع إليها الفساد. والتأخير قد يؤدى إلى الخسارة اللاحقة فيها، إن هذه السرعة التى تستلزمها المعاملات التجارية تستدعى تنظيماً قانونياً خاصاً، وتجعل أحكام القانون المدنى عاجزة عن مجاراتها.

وتحقيقاً لهذه السرعة. اتسمت قواعد القانون التجارى بالمرونة وبساطة الإجراءات الخاصة بإبرام العقود، وإثباتها وتنفيذها، ونقل الحق من شخص إلى آخر، ومن مظاهر السرعة فى الأعمال التجارية ما يلى:

(١) حرية الإثبات فى المعاملات التجارية:

إذا كانت القاعدة العامة فى القانون المدنى، هى وجوب الإثبات بالكتابة، كلما زاد موضوع التصرف القانونى عن خمسمائة جنيه[1]، أو إذا كان غير محدود القيمة. فإن الإثبات فى المواد التجارية حر من القيود، فيجوز إثبات التصرف التجارى بالقرائن أو بالبينة أياً كانت قيمته.

---

(١) وذلك وفقاً لما تنص عليه المادة (٦٠) من قانون الإثبات، والتى تم تعديلها أخيراً بالقانون رقم (١٨) لسنة ١٩٩٩ م - الجريدة الرسمية، العدد (١٩) مكرر (أ) فى ١٧/٥/١٩٩٩م. وقد تم استبدال عبارة (خمسمائة جنيه) بعبارة (مائة جنيه).

(٢) يسر تداول الحقوق التجارية:

كذلك فإن القانون التجارى يحقق السرعة من خلال تيسير تداول الحقوق التجارية الثابتة فى صكوك، فبينما يستلزم القانون المدنى اجراءات خاصة لحوالة الحقوق الشخصية من الدائن إلى غيره، نجد القانون التجارى، يكتفى فى السندات التجارية بتسليمها إذا كانت واجبة الدفع لحاملها، أو بتظهيرها عن طريق كتابة بيان على ظهرها يفيد أن حاملها قد نقلها من شخص إلى آخر.

(٣) تيسير اجراءات تنفيذ الرهن:

فى القانون المدنى، إذا أراد الدائن أن ينفذ الرهن، فإنه يجب أن يكون بيده سند واجب التنفيذ كحكم أو سند رسمى، وذلك حتى يمكنه التنفيذ على الشئ المرهون ضماناً لحقه واستيفاء هذا الحق من حصيلة البيع، أما فى القانون التجارى، فإن الأمر لا يقتضى ذلك، حيث يرد الرهن على بضاعة تتقلب أسعارها، ولو ألزمنا الدائن استصدار حكم أو الحصول على سند تنفيذى، فلربما تنخفض قيمة البضاعة المرهونة فلا يحصل على حقه كاملاً، ولهذا أجاز القانون التجارى للدائن متى حل أجل الدين ولم يقم المدين بالوفاء، أن ينبه عليه بالوفاء. فإذا لم يقم المدين بالدفع خلال الأيام الثلاثة التالية للتنبيه، فإن له أن يتقدم بعريضة إلى قاضى الأمور الوقتية ويحصل منه على إذن ببيع الشيئ المرهون، وذلك دون حاجة إلى استصدار حكم بدينه[١].

ثانياً: المعاملات التجارية قوامها الثقة:

من سمات المعاملات التجارية أن الثقة فيها تمثل قيمة قد تفوق قيمة المال الذى تتم المتاجرة به، وأساس ذلك؛ أنها لا تتم بغير الائتمان، لأن أغلب العمليات التجارية تتم بأجل فلا يقوم المدين فيها بتنفيذ التزامه إلا بعد مدة معينة من تمامها

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٧٦، د. جميل الشرقاوى – السابق، د. حسنى كيرة – السابق، د. رمضان أبو السعود – المدخل إلى القانون – ص ٨٤ وما بعدها – الدار الجامعية د ١٩٨٥.

وتنفيذها ، والائتمان لا غنى عنه فى الأعمال التجارية، فالتاجر قد يشترى البضاعة ويودعها مخازنه أو محله، دون أن يتمكن من بيعها فى الحال، ومن ثم فإنه يجب منحه أجلاً للوفاء بأثمانها وإذا لم يقم من يتعامل مع التاجر بمنحه أجلاً للوفاء، لا يكون ثمة بديل أمامه سوى اللجوء إلى أحد المصارف للاقتراض منه. فنعود مرة ثانية إلى الائتمان.

لهذا، ولما كان الائتمان سمة أساسية وضرورة لازمة فى المعاملات التجارية كان لابد من تنظيم خاص به ليحقق للتاجر فرصة الحصول عليه، وليضمن - من ناحية أخرى - توقيع جزاء صارم وسريع على من يخل به، فقرر القانون افتراض التضامن بين المدينين، ووضع نظاماً خاصاً بتصفية أموال المدين التاجر، وهو نظام الإفلاس ومن مظاهر تقوية جانب الائتمان وتدعيم الثقة ما يلى:

(أ) افتراض تضامن المدينين:

الأصل فى القانون المدنى، أن التضامن بين المدينين لا يفترض، فإذا تعدد مدينون بدين واحد، فإن كلا منهم لا يسأل إلا عن حصته فيه، ولا يتقرر التضامن إلا بنص فى القانون أو باتفاق صريح عليه، أما فى المعاملات التجارية، فإن التضامن يفترض عند تعدد المدينين دون حاجة إلى نص أو اتفاق، ومن ثم يكون كل واحد من المدينين المتعددين مسئولا وحده عن كل الدين فى مواجهة الدائن لا عن نصيبه فقط.

(ب) نظام الإفلاس التجارى:

ويعتبر الإفلاس التجارى دعامة من دعائم الثقة فى المعاملات التجارية. لأنه يعتبر بمثابة الجزاء الرادع لمن يزدرى تلك الثقة ولا يفرم بواجباتها. فإذا توقف التاجر المدين عن دفع ديونه، فإن مقتضى نظام الإفلاس أن تتم تصفية أمواله سداداً لحقوق دائنيه، حتى لا تتعطل أعمالهم و يعجزوا بدورهم عن الوفاء بما فى ذممهم من التزامات، فتزيد سلسلة التعثر فى السداد ويختل نظام التعامل.

وفى سبيل حماية الدائنين من غش المدين أو تصرفاته الضارة بهم، قرر القانون التجارى عدم سريان طائفة من تلك التصرفات فى مواجهة الدائنين إذا باشرها المدين وهو مفلس، أو إذا كان على شفا الإفلاس ، ثم إن تنظيم الإفلاس من شأنه ألا يترك الدائنين يتزاحمون ويتسابقون فى التنفيذ على أموال المدين، بل نظم رجوعهم عليه، وضمن لكل منهم نصيبا فى أمواله، ومن ثم كان نظام الإفلاس مقويا للائتمان التجارى، ليقدم الدائن على منح ائتمانه للتاجر وهو مطمئن.

ولم يكن لمثل هذا التنظيم نظير فى القانون المدنى، وإن كانت المجموعة المدنية الجديدة قد نظمت الإعسار المدنى، فأجازت شهر إعسار المدين الذى لا تكفى حقوقه للوفاء بما عليه من ديون مستحقة الأداء، فاقتبست بعض نظام الإفلاس دون أن تنقله بحذافيره[1].

القانون الذى ينظم الأعمال التجارية فى مصر:

لقد ظلت الأعمال التجارية محكومة بتقنين مصرى عتيق وضع عام ١٨٨٣، وقد استمر هذا القانون فى التطبيق حتى نهاية الألفية المنصرمة، رغم أن كثيرا من نصوصه أصبحت غير قادرة فى أفكارها أو صياغتها على مجاراة الأعمال التجارية فى العصر الحديث، إلى أن أثمرت الجهود وتحققت الآمال فى تغيير هذا الوضع وصدر القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ المعروف بقانون التجارة، والذى صيغ صياغة عصرية ملائمة، استلهمت روح التشريع فى كثير من الأنظمة القانونية العالمية، وجاء هذا القانون محققا للآمال فى وثبة تشريعية مصرية تصل بالتجارة إلى الغد المأمول، كما تمت مراجعة نصوصه حتى تجئ موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء[2].

---

[1] المواد: ٢٤٩ - ٢٦٤، مدنى.

[2] كان لى شرف المشاركة فى مراجعة نصوص هذا القانون وفق أحكام الشريعة الإسلامية بصحبة صاحب الفضيلة الأستاذ الدكتور محمد سيد طنطاوى شيخ الأزهر، وفضيلة الدكتور نصر فريد واصل مفتى الجمهورية، والدكتور عبد الرحمن العدوى عضو مجمع البحوث الإسلامية.

ومن المفيد أن يأخذ الطالب فكرة عن هذا الإنجاز التشريعى العظيم، من خلال حديث القانون عن نفسه، وقد جاء فى مذكرته الإيضاحية ما يلى:

(١) فى الربع الأخير من القرن الماضى وقع فى مصر حدثان تاريخيان كان لهما أثر بالغ الأهمية فى النظام القضائى والتشريعى فى البلاد، هما إنشاء المحاكم المختلطة أولا، ثم المحاكم الوطنية فى أعقابها على أنماط وأساليب أوروبية، الأمر الذى اقتضى وضع تشريعات تناسب هذا النهج الجديد، فصدرت التقنينات المختلطة ثم الوطنية مشتقة من القوانين الأوروبية - لا سيما - من القانون الفرنسى الذى كان يتمتع فى ذلك الحين بقبول وإقبال عالميين، وجاء التغيير شاملا لجميع فروع القانون، المدنى منها والتجارى والجزائى والإجرائى، ولم يقتصر الأمر على نقل التشريع الأجنبى فحسب، وإنما صار تقليدا أن يستعين القضاء المصرى بما يأخذ به القضاء الفرنسى فى تفسير النصوص، وأن يردد الفقه المصرى آراء الفقهاء الفرنسيين وغيرهم من الفقهاء الأوروبيين.

(٢) فى هذا المناخ العام وضع القانون التجارى، فقد صدر القانون المختلط عام ١٨٧٦، ثم تلاه القانون الوطنى عام ١٨٨٣، حيث نقل إليه واضعه أحكام القانون المختلط نقلا يكاد يكون حرفيا، مما يمكن معه القول دون حرج إن التقنينين التجاريين المصريين ينبعان من التقنين الفرنسى مع بعض فروق شكلية لعل أهمها أن التقنينين المصريين لا يشتملان على أحكام المعاملات التجارية البحرية كما هو الحال فى التقنين المصرى، وإنما أفرد الشارع المصرى لهذا الفرع من القانون تقنينا قائما بذاته نقله بدوره عن الأحكام الفرنسية، وظل هذا التقنين ساريا فى مصر حتى ألغاه الشارع المصرى وأحل محله "قانون التجارة البحرية" الصادر بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ بتاريخ ٢٢ أبريل سنة ١٩٩٠.

(٣) وجاء وضع التقنين التجارى الفرنسى فى وقت غير ملائم، إذ كان العالم على أبواب التطورات الاقتصادية والاجتماعية الكبيرة التى حدثت خلال القرنين التاسع عشر والعشرين، كتطور الطاقة حتى بلغت الذرة، وإضافة الطائرة إلى وسائل النقل، وتركز رؤوس الأموال وانتشار شركات المساهمة وعمليات الائتمان والتعامل بالشيكات، وغير ذلك مما يجود به العلم من مخترعات وفلسفات، ولم

يستطع التقنين الفرنسي التنبؤ بهذا التطور المذهل فلم يهيئوا لتشريع له، ولذا ما كاد التقنين الذى بذلوا فى إعداده الجهد والعرق يخرج إلى العمل ويواجه الواقع حتى كشف عن مواطن عديدة للنقص ، وعجز عن مسايرة الأحداث ، وأدركه الشارع الفرنسي فظل يعدل فيه ويضاف إليه ويبتر منه حتى تغيرت معالمه وصار إطارا يضم شيئا غير مضمونه الأصلي.

(٤) وبينما كان التقنين التجارى الفرنسي محلا للتغيير والتحديث، ظل التقنين المصرى على ما هو عليه، فظلت شركات المساهمة لحقبة طويلة دون تنظيم قانونى رغم انتشارها فى البلاد، ولا يزال الشيك مع ذيوع استعماله منسيا دون تنظيم مفصل، ولا تزال الكمبيالة والسندات لأمر، تخضع لأحكام عفا عليها الزمن. ولم ينل القانون التجارى فى مصر فى السنوات السابقة على إلغاء الامتيازات الأجنبية من رعاية الشارع إلا قسطا زهيدا لا يذكر منه إلا القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٣٤ ، الذى أدخل نظام السجل التجارى فى البلاد.

(٥) والحق أنه لا لوم على الشارع المصرى فى هذه السلبية ، إذ كانت حريته فى التشريع مكبلة بقيود نظام الامتيازات الأجنبية، ولما طرح أغلاله وعاد من "مونترو" عام ١٩٣٧ ، حرا طليقا انطلق يدرك ما فات ويصلح ما اعوج من أمر التشريع فى مختلف نواحيه، ونال التشريع التجارى نصيبه من تلك الصحوة التشريعية، فصدرت قوانين عديدة تكمل نقائصه ، وتسد ثغراته كقانون بيع ورهن المتجر ، والقوانين المنظمة للملكية الصناعية والملكية الذهنية، والقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٤٥ ، بشأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم، وشركات المسئولية المحدودة، وقانون الصلح الواقى من الإفلاس ، وغير ذلك كثير وكان بعض هذه القوانين التكميلية محلا لتعديلات أوجبها أحيانا تقدم التكنولوجيا ، وأحيانا أخرى تغير الظروف السياسية والاقتصادية فى البلاد. بيد أن هذه التشريعات والاجتماعية وإن أكملت نقصا أو أصلحت عيبا فإنها بعثرت الأحكام التى تنظم النشاط التجارى فى البلاد، وصار معها "قانون التجارة" يحمل هذه التسمية ، وهو فى الواقع لا يضم من أحكامها إلا القليل.

(٦) وكان لزاما أن يجمع الشارع المصرى شمل التقنين، وأن يبادر إلى تنقيحه وتحديثه ، فشكلت لهذا الغرض لجان منذ الأربعينات من هذا القرن شارك فيها فقهاء مصريون مشهود بعلمهم وفضلهم، نذكر منهم دون حصر، الدكتور محمد صالح الأستاذ بكلية الحقوق، والأستاذ مصطفى فاضل المستشار بمحكمة النقض، وأعدت هذه اللجان مشروعا للإصلاح، ولكنه وقف عند هذا الحد، ولم يقدر له النجاح الذى صادفه مشروع شقيق له أعدته لجنة أخرى للمعاملات المدنية ، هو مشروع القانون المدنى الذى استطاع أن يشق طريقه حتى صدر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ، وعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩.

(٧) ولما وقعت الوحدة بين مصر وسوريا عام ١٩٥٨ وأختير توحيد التشريع ليكون أول لبنة فى صرحها، شكلت لهذا الغرض لجان شملت مختلف وجوه التشريع، وكان من بينها لجنة لتوحيد القانون التجارى والقانون البحرى، وأعدت هذه اللجنة ثلاثة مشروعات موحدة: الأول للقانون التجارى، والثانى للقانون البحرى، والثالث للشركات وقد استحسنت اللجنة فصل هذه الأحكام عن القانون التجارى وإصدار قانون قائم بذاته فى شأنها، ولم يقدر لهذه المشروعات أو لغيرها مما أعدته اللجان الأخرى أن ترى النور، ثم تكرر الأمر مع ليبيا عندما تمت الوحدة بينها وبين مصر عام ١٩٦٩ ، فشكلت لجان لتوحيد التشريعات وأعدت اللجان مشروعات كان نصيبها - بدورها - ألا تصدر بتقويض الوحدة بعد وقت قصير من ميلادها.

(٨) وفى عام ١٩٧٣ ، دخلت مصر حرباً مع إسرائيل، وطغت شئون الحرب على اهتمامات الحكومة والناس فلما وضعت الحرب أوزارها وعاد السلام إلى ربوع البلاد، عاد معه الاهتمام بالشئون العادية للدولة وفى مقدمتها إصلاح الاقتصاد وإنعاش التنمية، ولما كان إصلاح التشريع التجارى من ركائز الإصلاح الاقتصادى فقد وجهت إليه الحكومة عناية خاصة، ورؤى التركيز أولاً على القانون البحرى ، فسار العمل فيه بهمة حتى صدر القانون البحرى فى أبريل من عام

١٩٩٠ -كما سبق القول- ، أما التقنين التجارى فقد شكلت له لجنة بقرار من وزير العدل بتاريخ ٢٢ من مارس ١٩٩٠ (رقم ١٦٦٨ لسنة ١٩٩٠)[١].

وعهدت اللجنة إلى رئيسها بإعداد مشروع تمهيدى يكون بمثابة ورقة عمل، مشتملاً على جميع موضوعات القانون التجارى بما فيها موضوع الشركات التجارية[٢]، ولما تم إعداد المشروع التمهيدى نوقش فى اللجان الفرعية وفى اللجنة الرئيسية، واستقر الرأى على المشروع المرفق، ويقوم المشروع على الأصول الآتية:

---

[١] نصت المادة الأولى من قرار وزير العدل على تشكيل اللجنة برئاسة الأستاذ الدكتور محسن شفيق، وعضوية كل من المستشار أحمد فتحى مرسى من الشخصيات العامة، والأستاذ الدكتور على جمال الدين عوض والأستاذ الدكتور سمير الشرقاوى من الجامعات، والمستشار الدكتور محمد فتحى نجيب، والمستشار السيد عبد المنعم حشيش، والمستشار الدكتور عصام أحمد محمد من إدارة التشريع بوزارة العدل، والأستاذ المستشار أحمد سليمان من مجلس الشورى، ولحق ذلك صدور قرارات المستشار وزير العدل بضم أعضاء آخرين للجنة وبذلك انضم إليها: من رجال القضاء: المستشار محمد إبراهيم خليل والمستشار الدكتور سعيد أحمد عبد الماجد والمستشار الدكتور عادل قوره والمستشار كمال جورجى دانيال، ومن الجامعات: الأستاذ الدكتور أبو زيد رضوان، والدكتور ثروت عبد الرحيم والدكتور حسام عيسى، ومن إدارة التشريع: الأستاذة الدكتورة جورجيت صبحى عبده قليني، كما شارك اللجنة فى جزء من أعمالها كل من: السيد المستشار محمد رفيق البسطويسى، والسيد المستشار زكى إبراهيم المصرى، والسيد المستشار عبد الرحيم محمد صالح والأستاذ الدكتور عبد المهيمن بكر، والأستاذ فاروق موسى مهنى من البنك الأهلى، والأستاذ فتحى زكريا من البنك المركزى، وتشكلت اللجان الفرعية من الأستاذ المستشار الدكتور محمد كمال حمدى، والأستاذ الدكتور على محمد البارودى، والأستاذ الدكتور ثروت حبيب، والأستاذ المستشار حسن السيد محمد بسيونى، والأستاذ الدكتور حسنى المصرى، وقد شكلت لجنة لمراجعة القانون المذكور وفق أحكام الشريعة الإسلامية برئاسة فضيلة الإمام الأكبر شيخ الأزهر الأستاذ الدكتور محمد سيد طنطاوى وفضيلة مفتى الجمهورية الأستاذ الدكتور نصر فريد واصل، وفضيلة الدكتور عبد الرحمن العدوى عضو مجمع البحوث الإسلامية، والعبد الفقير مؤلف هذا الكتاب.

[٢] أعدت اللجنة مشروعاً للشركات ، ولكن رُئى سحبه وضمه إلى مشروع آخر للشركات تقوم به لجنة أخرى.

أولاً: الحفاظ على جوهر التقنين القديم مع استكمال مواطن النقص فيه وتحديثه، لأن التغيير الجذرى يحدث من الضرر أكثر مما يحقق من نفع فهو يوهن الثقة، ويزلزل المعاملات المستقرة ويربك خطط التجار ومقدراتهم ، ثم إن قضاءً مصرياً خالصاً نشأ حول التقنين القديم وأوجد مبادئ رسخت فى التعامل وليس من المرغوب فيه التضحية بهذه الثروة القضائية بإحداث تغيير جوهرى فى أسس التشريع يصير معه القضاء السابق أثراً لا حياة فيه.

ثانياً: تحقيق وحدة القانون التجارى بلم شمله فى تقنين واحد يكون بمثابة موسوعة جامعة لما تفرق واندثر من أحكامه ومن أمثلة ذلك إدخال بعض القوانين التكميلية فيه كقانون الصلح الواقى من الإفلاس، بيد أن المشروع حرص على ألا يثقل التقنين بما تشمله بعض هذه القوانين من قواعد إجرائية معرضة بطبيعتها لكثرة التعديل والتبديل فأبقى بعضها خارج التقنين واكتفى فى شأن بعضها الآخر بذكر القواعد الموضوعية وأحال الإجراءات إلى قوانين أو قرارات خاصة، والقانون فى الوضعين يظل تابعاً للتقنين التجارى مكملاً لأحكامه مصنفاً فى مرتبته فى سلم المصادر التشريعية للمعاملات التجارية.

ثالثاً: اختيار الحلول التى تتفق وتقاليد البلاد وعاداتها ، دون التقيد بنظريات أو مذاهب معينة، فجاءت أحكام المشروع متسمة بطابع عملى نابعاً من البيئة المحلية مناسباً لها ، ومن الأمثلة البارزة على هذا الاتجاه موقف المشروع من المذهبين المادى والشخصى للقانون التجارى، فقد توقى الميل إلى أحدهما دون الآخر خشية أن يفقده الميل حرية الحركة، فجمع بين المذهبين ، واستخلص مزيجاً يقوم على اعتبار بعض الأعمال تجارية بذاتها ولو وقعت منفردة (المذهب المادى) وبعضها الآخر لا يكتسب هذه الصفة إلا إذا وقع على سبيل الاحتراف (المذهب الشخصى)، وكذلك تحرر المشروع من التزام النقل عن أى تشريع أجنبى معين، وآثر انتهاج أسلوب علمى سليم للإفادة من تجارب الغير، فاستقصى المصالح المشروعة، وقارن بين الحلول التى اتبعت لحمايتها فى مختلف التشريعات، ثم اختار الحل المناسب للوضع المناسب، ويختلف المشروع فى هذا عن التقنين القائم الذى سار فى ذيل التشريع الفرنسى ، يقوده إلى حلول صنعت لبيئة غير بيئته.

رابعاً: وبقدر نفور المشروع من السير في فلك تشريع أجنبي واحد، كان حرصه على الاستعانة بالأحكام التي وضعتها الاتفاقيات الدولية بشأن موضوعات القانون التجاري، وبالأحكام التي جمعتها المنظمات الدولية المعنية بهذا الأمر، وذلك لما لهذه المراجع من قيمة علمية سامية، وحرصاً من المشروع على إلحاق التقنين الوطني بركب التشريع العالمي، ومن أمثلته الأحكام الدولية التي اقتبس منها المشروع القواعد التي أعدتها غرفة التجارة الدولية لبيان مضمون البيوع التجارية التي تبرم باستعمال مصطلحات معينة كالبيع "سيف" ، والبيع "فوب"، وقواعد اتفاقيات جنيف بشأن الأوراق التجارية، وقواعد اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع التجاري الدولي (اتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٠).

خامساً: تبسيط الإجراءات لأن تعقيدها للتجارة معوق ومضيع للوقت، وأمثلة ذلك كثيرة منها إجازة عمل الإخطارات والإشعارات بالطرق الحديثة كالبرق والتلكس والفاكس، فضلا عن الطرق التقليدية كالبريد العادي أو المسجل ، وإجازة تداول الصكوك الإذنية بطريق التظهير ولو لم تكن من الأوراق التجارية، وفي باب الإفلاس أمثلة أخرى حيث حرص المشروع على تيسير طريق التفليسه واقتضاب مواعيد إجراءاتها لتبلغ غايتها في وقت معقول، لا هو بالقصير المخل. ولا هو بالطويل الممل.

كما روعي في صياغة نصوص المشروع أن تكون على شئ من المرونة لتستجيب لحاجات العمل وللاجتهاد الحر، وإذا كانت مراعاة هذه المرونة لازمة في صياغة النصوص التشريعية عامة ، فهي ألزم في النصوص التجارية التي تعد لمواجهة نشاط سريع الحركة ، شديد الحساسية كثير التقلبات، وجاءت المذكرة التفسيرية للمشروع مؤكدة هذه المرونة، إذ توقت الشروح المسهبة . والمفاضلات بين مختلف الآراء والنظريات لكيلا تتجمد النصوص مع مرور الزمن عند الرأي الذي ترجحه أو النظرية التي تفضلها، وآثرت المذكرة اقتضاب العرض واستظهار الهدف واستقصاء المصلحة التي تسعى إلى حمايتها.

سادساً: استحداث أحكام بشأن موضوعات ظهرت الحاجة إلى تنظيمها وقد أغفلها التقنين القائم والقوانين المكملة له إما لأنها وليدة تقدم تكنولوجى لم يدركه المشرع السابق، وإما لأن أهميتها لم تنكشف إلا أخيراً، ومن أمثلة هذه المستحدثات تنظيم عقد نقل التكنولوجيا وذلك للحد من الشروط المقيدة التى تضيع على مستورد التكنولوجيا جزءاً من النفع الذى يرجوه من استثمارها ومكافحة المنافسة غير المشروعة بقاعدة عامة تبسط ما تهيئه من حماية على مطلق حالات سوء النية والغش، وتنظيم مسئولية المنتج عن الضرر الذى يحدثه الإنتاج، وضمان سرية الحسابات المصرفية، ووضع تنظيم خاص للتفليسات الصغيرة.

سابعاً: مسايرة التحول الكبير الذى وقع للاقتصاد المصرى عن طريق الإصلاح الاقتصادى وإعادة البناء الذى ظهرت تباشيره تباعا والذى عبر عنه السيد الرئيس حسنى مبارك بقوله: (فى غضون سنوات محدودة تحولت مصر من دولة تعانى عجز الموارد والقدرات إلى حد يقترب من الإفلاس، إلى أقرب منطقة جاذبة للاستثمارات فى الشرق الأوسط، وتحول الاقتصاد الوطنى الذى أعجزه الخلل المزمن عن احداث أية معدلات تنمية حقيقية. إلى اقتصاد نشط تتصاعد فيه معدلات التنمية على نحو مستمر لتصل إلى ما يقرب من ثلاثة أمثال معدل السكان قبل عام ٢٠٠٠[1]).

هذه التنمية الصاعدة على نحو يمكن مصر من دخول مرحلة إنطلاق جديدة فتحت أبواب المشاركة للجميع ، وهيأت الفرصة لاستثمار كل الطاقات الوطنية وأسقطت – ولا زالت تسقط – كل العوائق والعقبات حتى يقوم القطاع الخاص بدوره فى عملية التنمية.

ولا شك أن هذا الأداء المتسم بالحسم والجرأة فى اقتحام المشكلات. وإزاحة العقبات التى تعوق مسيرة العمل الوطنى، كان له أبلغ الأثر فى التيسير على المواطنين وتعزيز روح الثقة فى نفوسهم. وخلق مناخ جديد. تتطلع فيه الجماهير إلى مزيد من العمل والإنجاز.

---

[1] من بيان رئيس الجمهورية أمام مجلس الشعب والشورى (١٠ نوفمبر سنة ١٩٩٦).

ومن هذا المنطلق أعد المشروع ليواجه هذا المستقبل.

(٩) ويقع المشروع في خمسة أبواب الأول في التجارة بوجه عام، والثاني في الالتزامات التجارية، والثالث في عمليات البنوك، والرابع في الأوراق التجارية، ثم الباب الخامس في الإفلاس والصلح الواقي منه.

خصائص القانون التجاري:

ويمكن القول أن للقانون التجاري خصائص معينة نذكر منها ما يلي:

أولاً: أن القانون التجاري لا يزال مرتبطاً بالقانون المدني ارتباط الفرع بالأصل، وقد سبق بيان أن القانون المدني هو الشريعة العامة للقانون الخاص ، ومن ثم فإنه مع حالة عدم وجود نص في القانون التجاري يحكم المسألة المطروحة ، فإنه يتعين الرجوع إلى نصوص القانون المدني.

ثانياً: أن العرف يلعب دوراً كبيراً في مجال إنشاء قواعد القانون التجاري ، وبناء على ذلك فإن النصوص التشريعية ليست هي المصدر الوحيد لأحكامه بل يعد العرف من المصادر الهامة للقانون التجاري[1].

القانون البحري:

يقوم القانون البحري بتنظيم العلاقات الخاصة بالملاحة البحرية، ويمكن تعريفه بأنه: مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الخاصة بالملاحة في البحار والتجارة البحرية.

وتدور هذه العلاقات حول السفينة ، فيتناول تنظيم ما يرد عليها من حقوق وتنظيم بيعها وتأجيرها وتنظيم عقد العمل البحري وعقد النقل البحري وعقد القرض البحري، والتأمين على السفينة والبضائع التي تشحن عليها، كما يتناول تنظيم ما يرد على السفينة من حقوق.

---

(1) د. جمال الدين العاقل – ص ٦٥، د. عبد الرازق فرج – السابق.

وقد نشأ القانون البحرى فى أحضان القانون التجارى بسبب أن الملاحة البحرية تتم أساساً بقصد الإتجار.

وإذا كانت هذه الأعمال فى الأصل أعمالاً تجارية ، إلا أنه توجد بعض الاعتبارات التى دعت إلى فصل القانون البحرى عن القانون التجارى. وترجع هذه الاعتبارات إلى كبر حجم السفينة ، وتعرضها للكثير من الأخطار الجسيمة وهى فى عرض البحر وذلك بالإضافة إلى أنها فى معظم الأوقات تكون بعيدة عن رقابة صاحبها ، فهذه الأمور وغيرها اقتضت ضرورة وضع قواعد خاصة بتنظيم الملاحة البحرية[1].

القانون الجوى:

والقانون الجوى هو: مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات الخاصة بالملاحة الجوية.

وتتركز هذه العلاقات حول الطائرة من حيث ملكيتها وجنسيتها وتسجيلها، وتنظيم أحكام عقد النقل الجوى، والمسئولية الناجمة عن الأضرار التى تلحق الركاب أو تصيب من هو على سطح الأرض إلى غير ذلك من الموضوعات المتصلة بالملاحة الجوية[2].

---

(1) د. جمال الدين العاقل – ص ٦٦؛ د. عبد المنعم البدراوى – ص ٧٩.

(2) د. جمال الدين العاقل – المرجع نفسه.

المبحث الثالث

قانون المرافعات المدنية والتجارية

يتكفل قانون المرافعات المدنية والتجارية بحماية العلاقات القانونية الناشئة عن القانونين المدنى والتجارى، ورد الاعتداء عنها، ومن ثم كان هذا القانون من القوانين الشكلية، أو المتعلقة بالإجراءات.

وينظم قانون المرافعات المدنية والتجارية الموضوعات الآتية:

أولاً: النظام القضائى:

وذلك من خلال بيان الأصول التى يقوم عليها هذا النظام ، وتشكيل المحاكم فى مختلف درجاتها، ثم بيان الأفراد والهيئات المختلفة التى تتعاون فى أداء العدالة، وذلك من خلال بيان قواعد وشروط تعيين أعضائها من القضاة والمستشارين ، ونقلهم وترقياتهم وعزلهم، والضمانات المقررة لهم، كما تنظم عمل أعوان القضاة من المحامين والكتبة والمحضرين ، والخبراء القضائيين .

ثانياً: الاختصاص القضائى:

وذلك من خلال بيان توزيع ولاية القضاء على المحاكم المتعددة ودرجاتها المختلفة. وهذه القواعد منها ما يتعلق بتوزيع ولاية القضاء على جهاته المختلفة، وذلك كالقواعد المنظمة لولاية القضاء الإدارى بالنسبة للقضاء المدنى. وبعضها يتعلق بالاختصاص النوعى، أى اختصاص المحكمة من حيث نوع الدعوى وأهميتها ، وما إذا كانت تختص بها المحاكم الجزئية، أو المحاكم الابتدائية. وبعض تلك القواعد يتعلق بالاختصاص المحلى، كتلك التى تبين الدائرة الإقليمية التى تباشر المحكمة وظيفتها داخل حدودها، مثل تحديد اختصاص محكمة القاهرة. أو محكمة الإسكندرية.

ثالثاً: اجراءات التقاضى:

وهى الإجراءات التى تتبع فى الالتجاء إلى المحاكم، أي فى رفع الدعاوى وفى تحقيقها، وفى الحكم فيها، وكذلك الإجراءات التى تتبع فى تنفيذ الأحكام القضائية[1].

---

[1] د. عبد المنعم البدراوى – ص ٨٠، د. عبد الرازق فرج – ص ٣٠.

المبحث الرابع

القانون الدولى الخاص

يمكن تعريف القانون الدولى الخاص، بأنه: مجموعة القواعد التى تحكم العلاقات ذات العنصر الأجنبى، أو هو القانون الذى يبين القانون الواجب التطبيق على علاقة خاصة ذات عنصر أجنبى، ومدى اختصاص القضاء الوطنى بنظرها[1].

إن نشاط الفرد لم يعد قاصراً على النطاق الذى يعيش فيه، أو على الدولة التى يحيا فيها، ولكن هذا النشاط جاوز حدود الأوطان، وكثرت ظاهرة انتقال الأشخاص من دولة إلى أخرى ، ومن ثم نشأت جملة من الروابط المتميزة عن تلك التى تتم داخل حدود الوطن بوجود عنصر أجنبى فيها، وهنا تكون مهمة القانون الدولى الخاص تحديد المحكمة المختصة، والنظام الذى يجب تطبيقه فى كل نوع من أنواع هذه العلاقات[2].

فإذا باع مصرى لمواطن آخر فى مصر عقاراً موجوداً فيها، كانت العلاقة الناشئة عن هذا البيع وطنية فى كل عناصرها، ومن ثم لا نكون بصدد الحاجة إلى إعمال قواعد القانون الدولى الخاص.

أما إذا تضمنت العلاقة التى ثار النزاع حولها عنصراً أجنبياً. بأن كان أحد طرفيها أجنبياً، أو أن العلاقات نشأت فى بلد أجنبى، أو أن موضوع العلاقة كان موجوداً فى بلد أجنبى، فإن قواعد القانون الدولى الخاص هى التى تحكم هذا النزاع وتتكفل ببيان المحكمة المختصة بنظره، وهل هى المحكمة الوطنية. أو

---

(1) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٨٥، د. أحمد سلامة – فقرة ٢٣، د. منصور مصطفى منصور – ص ٢٨، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ٤٦.

(2) المراجع السابقة – نفس المكان.

المحكمة الأجنبية. كما تبين النظام الواجب التطبيق، وهل هو القانون الوطنـــى أم القانون الأجنبى[1].

موضوعات القانون الدولى الخاص:

ومن خلال تعريف القانون الدولى الخاص، يبـــدو أن هنـــاك موضوعيـــن أساسيين يختص بهما، وهذان الموضوعـــان همـــا: تنـــازع القوانيـــن، وتنـــازع الاختصاص، ويلحق بعض الشراح بهذين الموضوعين، مركز الأجانب، أى تحديـــد مدى ما يمكن أن يتمتع به الأجنبى من حقوق فى الدولة، وما يجـــوز أن يفـــرض عليه من تكاليف، ثم موضوع الجنسية، ويلحق به الموطن الدولى للشخص.

ويلاحظ أن القانون الدولى الخاص، هو قانون وطنى بحـــت، رغـــم تلـــك التسمية التى قد توحى بأنه غير وطنى، لأن القاضى المصرى يلتزم بأحكام القانون الدولى الخاص المصرى أما وصفه بأنه دولى، فمرده إلى دخول العنصر الأجنبـــى أو الدولى فيه.

مصادر القانون الدولى الخاص:

وللقانون الدولى الخاص مصادر متعددة منها التشريع الوطنى المصـــرى، ومنها المعاهدات والعرف، والمبادئ السائدة تشريعاً وفقهاً، ونبين ذلك:

(١) التشريع الوطنى المصرى:

يعتبر التشريع الوطنى المصرى المصدر الأول للقانون الدولى الخاص، فقد أوردت المجموعة المدنية المصرية أحكاماً لتنازع القوانين فى البـــاب التمـــهيدى (المواد من ١٠ إلى ٢٨)، أما ما يتعلق بقواعد تنازع الاختصاص القضائى، فقـــد وردت فى قانون المرافعات المدنية والتجارية.

---

[1] د. عبد المنعم البدراوى – ص ٨٢ وما بعدها.

(٢) المعـــــاهدات:

والى جانب التشريع الوطنى، توجد المعاهدات كمصدر من مصادر القـانون الدولى الخاص، ذلك أنه كثيراً ما تتفق دولتان أو أكثر على وضع حـــل لمســألة تنازع القوانين والاختصاص أو تنفيذ حكم القضاء الصادر من إحدى محاكمها فــى دولة أخرى طرف في المعاهدة .

(٣) العـــــرف:

وإذا لم يجد القاضى نصاً مكتوباً أو معاهدة، فلن يكون أمامه بد من اللجوء إلى العرف وهذا العرف ، قد يكون داخلياً، أى نشأ واستقر داخل الدولة، وقد يكون دولياً أى مستقراً فى عدد من الدول بشأن مسألة من المسائل.

(٤) المبادئ المستقرة تشريعاً وفقهاً:

وهى تلك المبادئ المسلمة فى الفقه والتشريع عند كثير من الدول الأجنبية، أو التى يمكن استنباطها من خلال دراسة قوانين الدول المختلفة، وقد أشارت إليها المادة (٢٤) مدنى، بقولها: "تتبع فيما لم يرد بشأنه نص فى المواد السابقة مـــن أحوال تنازع القوانين، مبادئ القانون الدولى الخاص" ، وعلى هذا النحو تتحـــدد مصادر القانون الدولي الخاص، كما تتحدد أنواع القانون التي يجب على الطـــالب الإلمام بها .

الباب الثالث

مصادر القانون

يقصد بمصادر القانون، الأصل الذى استقى القانون منه موضوعه ومادته، وهذا يفترض وجود عدة عوامل مختلفة، منها ما هو اجتماعى، أو اقتصادى أو سياسى أو دينى ، وهذه العوامل مجتمعة من شأنها أن تشارك فى خلق قاعدة معينة تدعو الحاجة إلى وضعها، تسمى القاعدة القانونية، ويوصف المصدر فى هذه الحالة بأنه مصدر مادى أو موضوعى، أو حقيقى، فهذه المصادر تعتبر بمثابة المادة الأولى التى تساهم فى تشكيل القاعدة القانونية وتكوينها[1]، وقد يقصد بالمصدر هنا، الأصل التاريخى أو المصادر التاريخية.

وقد استمد المشرع المصرى قواعد كثيرة من الشريعة الإسلامية. فهى تعتبر مصدرا تاريخيا له، كما استمد القانون الفرنسى بدوره أحكاما كثيرة من القانون الرومانى الذى يعد مصدرا تاريخيا للقانون الفرنسى، وللقانون المصرى - كذلك - فى الحدود التى أخذ فيها عن القانون الفرنسى.

وقد يقصد بمصدر القانون المصادر التفسيرية، وفى هذا الإطار يعتبر كلا من الفقه والقضاء مصدرا تفسيريا لقواعد القانون، وما تزال السوابق القضائية معتبرة من قبيل المصادر الرسمية للقانون حتى اليوم فى النظام الأنجلوسكسونى.

وقد يستقى المشرع المادة القانونية مما استقر عليه العمل فى المحاكم، وما ترجح من آراء الفقهاء، وهذا واضح فى التقنين المدنى المصرى الحالى، فقد أخذ المشرع المبادئ التى قررها القضاء فى الملكية الشائعة، وقسمة المهايأة وحقوق

---

(1) د. سليمان مرقس - ص ١٥، د. حسن كيرة - فقرة ٦٤، د. منصور مصطفى منصور - ص ٩٥ وما بعدها، د. عبد المنعم فرج الصدة - ص ٧٨، د. شمس الدين الوكيل - ص ١٠٩، - د. عبد الرازق فرج - ص ٣٩.

الارتفاق، والتزامات الجوار، والتعاقد بالمراسلة، وغيرها من المبادئ ، مما استقر عليه القضاء.

الشريعة الإسلامية مصدر تاريخى لكافة النظم القانونية:

ومن الإنصاف والعدل أن نعطى الشريعة الإسلامية حقها، لأنها تعتبر حتى الآن، وستظل كذلك-إن شاء الله-إلى يوم الدين هى أقدم تشريع موثق ومنضبط على ظهر الأرض، حيث لا يوجد قانون أو تشريع قد نقل إلى الناس موثقاً محفوظاً من التغيير والتبديل مثل تلك الشريعة الغراء التى حفظها الله كما حفظ أحكامها بحفظه لكتابه المبين الذى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، ومن المعلوم – أيضاً – أن كافة القوانين المعمول بها على ظهر الأرض أقل تاريخاً من التشريع الإسلامى الذى قارب عمره ألفاً ونصف ألف عام، وكل التشريعات الوضعية دون هذا التاريخ بكثير ، وربما لم يصل عمرها إلى مقدار نصفه أو ربعه، ولا يمكن إنكار أن التشريعات تتأثر ببعضها، وأن اللاحق يقتبس من السابق ويأخذ منه، فإذا وجد بينهما بعض التشابه فى الأحكام يكون التشريع السابق هو المنقول عنه، والتشريع اللاحق هو الناقل.

لما كان هذا، وبإنزال ما تقدم على واقع التشريعات المعاصرة. نجد أن ثمة تشابهاً بينها وبين الشريعة الإسلامية فى بعض المسائل التشريعية. فمثلاً ، النظام القانونى الاشتراكى أخذ من الشريعة الإسلامية، فكرته المعروفة عن حدود استعمال الملكية، وأنها يجب أن تتقيد بعدم الإساءة فى استعمالها إلى حقوق الغير، وقد تم اقتباس تلك الفكرة من الشريعة الإسلامية ، بعد أن تم تطويرها وصياغتها على النحو الذى قال به هذا الاتجاه ، وهو أن يكون للملكية وظيفة اجتماعية.

وفى النظام الجرمانى نجد فكرة المصلحة، أو النظرية الموضوعية فى الالتزام، وبمقتضاها لا يشترط لقيام المسئولية على الشخص أن يكون مميزاً، فإذا أتلف قاصر مالاً، أو حتى إذا تلف المال من غير شخص عاقل مدبر. فإن الذى يعنى هذا الاتجاه هو تعويض المال الذى تم الإضرار به، أو جبر الخسارة التى حدثت، وإذا كان الخطأ يقتضى فى معظم النظم عنصراً مادياً، وعنصراً معنوياً هو التمييز، وأن هذا العنصر المعنوى إذا فقد لا يقوم الخطأ، فإن هذا الكلام لا يسوى

عند أصحاب النظرية الموضوعية، ولا يتفق مع المنطق الفكرى الذى تقوم عليه، لأن المقصود هو جبر الضرر الذى حصل بصرف النظر عن تمييز الفاعل أو عدم تمييزه، وهذه الفكرة مأخوذة مما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية لمساءلة الصغير في ماله إذا أتلف مالاً، أو من خلال تكليفه بالعبادات المالية ومنها الزكاة، حيث تجب في مال الصغير على الرأى الراجح فى الفقه الإسلامي.

والنظام اللاتينى أخذ من التشريع الإسلامى الشكل وكثيراً من الموضوعات، ففيما يتعلق بالشكل ترى أنه قد أخذ من الفقه الإسلامى طريقة الاستنباط المستفادة من شرح النص لبيان دلالته على المطلوب، وأخذ الحكم الشرعى فيه، وهذه الطريقة ذاتها هى المعروفة فى النظام اللاتينى بفكرة (الشرح على المتون) التى التزمت بها مدارس التزام النص، والتى هى نتاج طبيعى لحركة التقنين التى سادت في عهد نابليون حين أراد أن يقضى بها على تعدد النظم القانونية فى فرنسا[1].

ولم يقتصر الأمر على الشكل والمنهج، ولكنه أخذ كثيراً من الموضوعات عن التشريع الإسلامى، وذلك مثل نظرية البطلان، ونظرية الظروف الطارئة، وفسخ العقد ، وغير ذلك من الموضوعات ذات الأصول المعلومة فى التشريع الإسلامى.

والنظام الأنجلوسكسونى وإن كان مصدره الأساسى القضاء ، أو السوابق القضائية التى تكون المصدر الأساسى فيه، حيث نشأ القانون الإنجليزى نشأة عرفية، إلا أنه قد حاد عن ذلك من خلال بعض الأعمال الفقهية لعدد من الفقهاء الإنجليز منهم الأستاذ (دايسى)، والسير (جيمس ستيفن)، والأستاذ (جنكز) وغيرهم، بيد أن هذه الأعمال لا تعدو أن تكون عملاً خاصاً لهؤلاء الفقهاء وليست بذات صفة رسمية[2]، ومع ذلك فإنها قد جاءت متأثرة بالمنهج الذى سار عليه التشريع الإسلامى، وأخذه عنه الاتجاه اللاتينى.

---

(1) د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ١١٧.

(2) د. عبد المنعم البدراوى – المدخل للعلوم القانونية – ص ١٦٨ وما بعدها.

ولم يقتصر الأمر على ذلك الاقتباس المحدود من المنهج، ولكنه تعدى إلى بعض الموضوعات المأخوذة عن الفقه الإسلامي، وذلك مثل فكرة الدين كوصف تشغل به الذمة، وفكرة الوصية لما بعد الموت وتأقيت المنفعة، وغير ذلك من الموضوعات التى سبق إليها الفقه الإسلامي.

ولذلك فإن الإنصاف يقتضى أن نقرر ما يلى:

أولاً: أنه إذا كان التشريع الإسلامي هو الأسبق فى الوجود والنشأة من كافة النظم القانونية الموجودة على ظهر الأرض، يكون التشابه الحاصل بين بعض تلك النظم وما هو مقرر فى التشريع الإسلامي ناشئاً عن الأخذ منه. وهذا حق يتعين الاعتراف به.

ثانياً: أن اقتباس تلك النظم من التشريع الإسلامي، فيه دليل على مدى قدرة التشريع المقتبس منه على علاج الحالات الملحة، والتى لولا إلحاحها على حاجات المجتمع ما وجد نفسه مضطراً للاستعانة بها، وهذا فى جملته يعتبر شهادة حق للتشريع الإسلامي، وفيه دلالة على صلاحيته لكل زمان ومكان وقدرته على حكم تصرفات الناس أجمعين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها .

وإذا كان المصدر الرسمي هو الوسيلة التى تخرج بها القاعدة القانونية إلى الأشخاص وتكتسب صفة الإلزام ويصبح تطبيقها أمراً واجباً، فإن هذه المصادر الرسمية قد أشارت إليها المادة الأولى من التقنين المدنى المصرى بقولها: "١- تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص، ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة".

ومن هذا النص يبدو أن التشريع هو المصدر الرسمى الأول للقواعد القانونية، ويتعين على القاضى حين يقوم بتطبيق القانون، أن يرجع إليه أولاً، فإذا لم يجد نصاً تشريعياً فإنه يرجع إلى العرف، فإذا لم يجد فإن عليه أن يلجأ إلى

قواعد الشريعة الإسلامية، فإذا لم يجد فعليه أن يحكم وفق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وعلى هذا فإن مصادر القانون الرسمية وفقاً لهذا الترتيب الذي أورده المشرع المصري تتمثل فيما يلي:

أولاً: التشريع.

ثانياً: العرف.

ثالثاً: مبادئ الشريعة الإسلامية.

رابعاً: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

خامساً: الفقه والقضاء كمصدرين تفسيريين للقانون المصري.

وسوف نقوم ببيان كل مصدر منها وفقاً للترتيب السابق، على أن نخصص لكل مصدر فصلاً.

الفصل الأول

التشـريع

كان التشريع – ولا يزال – هو الأداة الاجتماعية ذات القدرة على مواكبة التغيرات والتطورات المستجدة فى حياة الناس، حيث تتوافر فيه الخصائص التى تجعل منه وسيلة فعّالة فى هذا المضمار، ليسر صناعته وسرعة إصداره مع احتوائه على المميزات الذاتية التى تحدد مضمونه، وتكشف عن المقصود من عباراته، وذلك من شأنه أن يسهل الاحتكام له، وشمول الحالات المستجدة فى حياة الناس بوجوه الحماية التى يتضمنها، ووسائل الدفاع التى يقررها، وربما كانت السرعة فى إصدار التشريع، مع تحديد مضمونه ووضوح عباراته فى مجال التطبيق، هى إحدى مميزاته التى يتسم بها، والتى جعلت له أهمية خاصة فى مواجهة التغيرات السريعة والمتلاحقة فى حياة المجتمع، سيما فى مجال الحماية الجنائية التى لا تتحدد المسئولية فيها عند الإسناد إلا من خلال نص يحدد الجريمة المرتكبة والعقوبة المقررة لها.

وسوف نبين فى هذا الفصل مدى دور التشريع فى ظل التطورات والمستجدات الحديثة، وذلك بالتطبيق على بعض الظواهر المستجدة فى حياة المجتمع مثل أمراض الإيدز، والاستنساخ، وغسيل الأموال، وجرائم المعلومات، وذلك كما يلي :

المبحث الأول

مفهوم التشريع وأهميته فى مواجهة الواقع

المطلب الأول

مفهوم التشريع وخصائصه

الفرع الأول

مفهوم التشريع فى اللغة والإصطلاح

التشريع لغة سن القوانين[1]، وهو من شرع، أى سنّ، أى ما سنّه الله لعباده، والشارع هو واضع الشريعة، وهى أى الشريعة، ما شرعه الله لعبادة من العقائد والأحكام[2].

وفى اصطلاح الفقهاء: يطلق ويراد به التجميع الرسمى من جانب المختصين بالدولة للنصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون[3]، وعملية التجميع هذه تسمى بالتقنين، وهو اسم للوثيقة الرسمية الجامعة التى تضم مجموعة النصوص التشريعية الخاصة بفرع من فروع القانون كالتقنين المدنى، وتقنين العقوبات، والتقنين التجارى، ومن الأفضل – منعا للخلط – قصر اصطلاح التقنين على الوثيقة الرسمية الجامعة وحدها، واصطلاح عملية التقنين على عملية التجميع الرسمى نفسها.

---

(1) المعجم الوجيز – ص ٣٤٠، ومختار الصحاح – ص ٣٣٥ – طبعة دار الفكر.

(2) المعجم الوجيز – المكان نفسه، مختار الصحاح – المكان نفسه.

(3) د. حسن كيرة – المدخل إلى القانون – ص ٢٦٠ – طبعة دار المعارف بالإسكندرية ١٩٩٣.

وإذا كان التجميع عملاً رسمياً من جانب الدولة، يستهدف وضع النصوص التي تعالج موضوعاً واحداً في مجموعة خاصة به فيكون تشريعاً جامعاً له. فإنه لا يطلق على أي تجميع غير رسمي، قد يقوم به بعض الكتاب أو الفقهاء لبعض قواعد القانون المتفرقة، ولو كانت تمس نفس الموضوع الذي يعالجه التشريع الخاص، إذ أن مثل هذا التجميع لا يعدو أن يكون مجرد عمل فقهي أو فكري؛ بحيث لا يرتفع إلى مرتبة التشريع الجامع المتمثل في التقنين[1].

وعملية التقنين هذه تمثل ضرورة يقتضيها تقدم المدنية، ونشاط حركة التشريع نشاطاً كبيراً، لا يؤمن مع وفرته التعارض والتضارب بين نصوص التشريع المتناثرة، فيحتاج الأمر إلى جمع ما يخص من هذه النصوص كل فرع مستقل من فروع القانون في وثيقة واحدة جامعة، تحقق التناسق بين النصوص وترفع التعارض بينها، وتيسر الرجوع إليها بما تحصر وتركز من مظان البحث، وقد أصبح التقنين اليوم في العصر الحديث أداة لتأكيد ما تبلغه الجماعة من وحدة سياسية، بل أصبح – كذلك – مظهراً للاستقلال الوطني تفتتح به الجماعات المتحررة حياتها عقب التخلص من الأنظمة الاستعمارية[2].

---

(١) د. حسن كيرة – المرجع السابق – ص ٢٦٠ وما بعدها.

(٢) Ripert et Boulanger: Traité de droit civil d'après le Traité de planio L.T.1. No. 321. 1956.

الفرع الثانى

خصائص التشريع

يبدو من تعريف التشريع؛ أن يتمثل فى قيام سلطة عامة مختصة فى الدولة بالتعبير عن القاعدة القانونية، والتكليف بها فى صورة مكتوبة، أو هو قيام هذه السلطة بصياغة القاعدة القانونية صياغة فنية مكتوبة، وإعطائها قوة الإلزام فى العمل، وعلى هذا النحو يقصد بالتشريع كل قاعدة قانونية تصدر فى وثيقة رسمية مكتوبة، عن سلطة عامة مختصة فى الدولة، ومن هنا يتميز التشريع بأنه يضع أولاً: قاعدة قانونية مكتوبة، وأنه ثانياً: تصدره سلطة عامة مختصة. وأنه ثالثاً: يمكن إصداره سريعاً، ومن ثم تتحدد خصائص التشريع على النحو التالى:

(١) التشريع مقرر لقاعدة قانونية مكتوبة:

ومفاد ذلك: أن التشريع يضع قاعدة ملزمة للسلوك عامة ومجردة، ولذلك لا يعتبر تشريعاً أو قاعدة تشريعية، الأمر الذى يصدر عن سلطة عامة مختصة فى الدولة خاصاً بشخص معين بذاته، أو متعلقاً برابطة أو واقعة معينة بذاتها، لأن مثل هذا الأمر – وإن صدر عن سلطة عامة مختصة بإصداره – لا يضع قاعدة عامة مجردة للسلوك، إذ لا يتوجه إلى طائفة غير محدودة من الأفراد يتعين من يدخل فيها بصفته، لا بذاته، ولا إلى طائفة غير متناهية من الروابط. أو الوقائع يتحدد فيها الدخول بشروط معينة، فالتشريع إذن – وهو تعبير عن القاعدة القانونية وإلزام بها – ينبغى أن تتوافر له كل صفات القاعدة القانونية التى سبق بيانها[١].

وهنا تجدر التفرقة بين التشريع بالمعنى الشكلى، وبين التشريع بالمعنى الموضوعى أو المادى[٢]، فالحكم الذى يصدر فى صورة مكتوبة عن السلطة

---

(١) د. حسن كيرة – المرجع نفسه – ص ٣٢٨.

(٢) Ripert et Boulanger. Op. Cit. No. 198.

التشريعية، يعتبر تشريعاً من الناحية الشكلية، ولو لم تتوافر فيه خصائص القاعدة القانونية، بينما لا يصدق وصف التشريع من الناحية الموضوعية علـى الأحكـام التى تتخلف فيها خصائص القاعدة القانونيـة، رغـم صدورهـا عـن السـلطة التشريعية، وواضح أن اعتبار التشريع مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية ، لا يمكن أن يؤخذ بهذا الوصف إلا بمعنييه الشكلى والموضوعى[1].

والقاعدة التشريعية قاعدة مكتوبة، فالتشريع مصدر للفظ والمعنى، وإذا كان إفراغ القاعدة التشريعية فى ألفاظ معينة يجعلها واضحة الدلالة، فإن ذلك قد يجعلها قاعدة جامدة، لأن المعنى إذا وضع فى ألفاظ معينة، ظل جامداً لا يتغير ولا يتحـول مهما تغيرت الظروف، لهذا قُدر للتشريع الوضعى أن يكون ناقصاً بطبيعتـه، ولا يستطيع صانع القانون مهما عظمت قدرته، أن يتناول بالتنظيم جميـع الأوضـاع والعلاقات الاجتماعية، بل إن القواعد التشريعية التى يقررها لا يمكن أن تواجـه الظروف الاجتماعية الجديدة، تبعاً لكونها جامدة بطبيعة تكوينها، فأحال إلى بعض المصادر الأخرى ذات الطبيعة المرنة كالعرف، وذلك تبعاً لكونه مصـدراً للمعنـى دون اللفظ[2].

(٢) التشريع يصدر عن سلطة عامة مختصة:

ومن خصائص التشريع أنه يصدر عن سلطة عامة مختصة فى الجماعة أو الدولة بما لها من حق السيادة عليها، وهذه السلطة العامة المختصة هـى التـى تكون مضمون الإرادة البصيرة الواعية التى تقوم بصناعة التشريع وترسم غاياته ومقاصده.

وتولى سلطة عامة مختصة فى الدولة وضع القواعد القانونية والإلزام بها. صار أمراً ضرورياً فى العصر الحديث يقتضيه ما تحتاجه الجماعات المعـاصرة -

---

[1] د. حسن كيرة - المرجع نفسه - ص ٢٢٩، د. عبد الحى حجازى - المدخل لدراسة العلوم القانونية - ص ٢٥١ وما بعدها - المطبعة العالمية ١٩٦٦.

[2] د. محمود جمال الدين زكى - المرجع نفسه - ص ٩٧، وفى هذا المعنى: د. حسن كيرة - المرجع نفسه - ص ٢٣٠.

بعد أن تضخمت عما كانت عليه فى القديم، وتعقدت حاجاتها ومطالبها - من سرعة فى الإنتاج القانونى، والصياغة الفنية الدقيقة التى تيسر التشريع للتطبيق العملى، وفى تحديد ووضوح يحققان الاستقرار والأمن فى المعاملات[1].

(٣) سرعة إصدار التشريع:

ومن سمات التشريع كذلك سرعة وضعه، إذ لا يستغرق سن القواعد القانونية زمناً طويلاً، وهذا يجعل السلطة التشريعية دائماً على أهبة الاستعداد لسد حاجات المجتمع إلى إنشاء قواعد قانونية جديدة، أو إلى تعديل القواعد القانونية النافذة[2].

ورغم ما يمتاز به التشريع من سرعة فى الإنتاج، فإن هذه السرعة - إن لم تصاحبها العناية الواجبة - قد تنجم عنها مضار جمة، فقد يغّلب المشرع عامل السرعة على عامل الدقة فى الصياغة، مما لا يؤمن معه خروج التشريع معيباً، أو قاصراً أو متعارضاً مع غيره من التشريعات، وهو ما يضطر المشرع إلى الإسراع فى تعديله، ثم موالاة هذا التعديل السريع بتعديلات لاحقة، حتى تكثر التشريعات فى نفس الموضوع كثرة كبيرة تخل بالاستقرار والثبات الواجب للمعاملات، وتثير مشاكل دقيقة من التنازع الزمانى بين هذه التشريعات المتلاحقة[3].

---

(١) د. حسن كيرة - المرجع نفسه - ص ٢٣١.
(٢) د. محمود جمال الدين زكى - المرجع نفسه - ص ٧٩.
(٣) د. حسن كيرة - المرجع نفسه - ص ٢٣١.

المطلب الثاني

أهمية التشريع

وللتشريع أهمية عامة في مختلف فروع التقنيات، حيث يقوم بتنظيم موضوعاتها تنظيماً يكفل الحق والإنصاف، وتحقيق المقاصد العامة في إعطاء كل ذي حق حقه، وهو في مجال القانون الجنائي يمثل أهمية خاصة، لأن النص في مجاله هو أساس التجريم، كما أنه هو أساس العقاب وذلك يقتضي بياناً:

أولاً: أهمية التشريع فى فروع القانون المختلفة:

للتشريع فى مجال الفروع القانونية المختلفة أهمية متميزة، وبمقتضى تلك الأهمية أصبح يمثل المرتبة الأولى بين مصادر القانون الرسمية، وذلك لتعدد ضروب النشاط فى الجماعات الحديثة، وتضخم حاجاتها وتعقدها وتعارض المصالح فيها وتشابكها، مما يحتاج الأمر معه - نظراً إلى وفرة القواعد القانونية التى يجب فرضها - إلى سرعة سنها من ناحية، والى حسن صياغتها صياغة فنية دقيقة من ناحية أخرى، وهو مالا يتوافر إلا للتشريع الذى تقوم على شئونه هيئة أو هيئات معينة متخصصة فى سن القواعد القانونية وصياغتها، بما يتوافر لها من خبرة بأدوات القانون ووسائله، وبصر بأهدافه وغاياته، ناهيك عما يمثله التشريع للدولة من أداة تتدخل بها تدخلاً مباشراً ومقصوداً فى كثير من مظاهر النشاط فى النواحى الاجتماعية والاقتصادية وغيرهما[1].

ومن أهم مزايا التشريع أنه يخضع وجود القواعد القانونية للدراسة والبحث ويجعل القانون حصيلة نشاط القوى العاملة المدبرة. لأن سن التشريع لا يتم مباشرة بواسطة السلطة التى لها الاختصاص بذلك. بل يتم إعداده قبل ذلك بمعرفة لجان فنية تبحث الحاجة إليه، وتختار أنسب الوسائل التى إسباغ هذه

---

[1] د. حسن كيرة - المرجع نفسه - ص ٢٢٧ وما بعدها، د. محمود جمال الدين زكى - دروس فى مقدمة الدراسات القانونية - ص ٨٠ - الطبعة الثانية ١٩٦٩، د. جميل الشرقاوى - دروس فى أصول القانون - ص ١٠٨ - الطبعة الثانية ١٩٨٤.

الحاجة فى إطار المبادئ التى تهيمن على النظام القانونى فى الدولة، مع التنسيق بين أحكام التشريع المطلوب، والتشريعات السابقة، فضلاً عما يتم من مناقشة أحكامه قبل جعله نافذاً، من الشعب أو ممثليه[1]، والتشريع يكفل كذلك استجابة سريعة للحاجات الاجتماعية المتطورة، فيوفر لها فور ظهورها الإطار القانونى الذى يكفل إشباعها، بل إن التشريع يتيح للجماعة أن تتخذ القانون أداة لتطور نظمها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، فلا يقتصر على مجرد الاستجابة للحاجات القائمة دون نظر إلى المستقبل[2].

وعن طريق التشريع يتحقق انتقال النظم القانونية من جماعة إلى أخرى، إذ تعمد الدولة فى وضع التشريعات التى تنظم مسألة من المسائل، إلى الاستهداء بخبرة الدول الأخرى التى سبقتها فى ذلك، لتفيد من هذه الخبرة فى صياغة تشريعها، وإن كانت ستأخذ فى الاعتبار - بطبيعة الحال - ما قد يكون لها من ظروف خاصة تقتضى تعديلاً فى هذه الصياغة[3].

وللتشريع كذلك ميزة أخرى، تتمثل فى أنه ييسر على كل الناس معرفة أحكامه فقواعده مكتوبة تصدر فى ألفاظ محددة، وتنشر فى صحيفة رسمية مخصصة لنشر التشريعات دون غيرها من وجوه النشر الأخرى، كما أن ظهور قواعد التشريع فى ألفاظ محددة يمكن الأفراد من المعرفة الواضحة لحقوقهم وواجباتهم، ويسهل على السلطات المختصة بتطبيق القانون أداء واجبها فى ذلك. وذلك كله من شأنه أن يؤدى إلى استقرار الحياة فى المجتمع[4].

---

(1) د. جميل الشرقاوى - المرجع نفسه، د. نعمان جمعة - المدخل للعلوم القانونية - ص ١٧٤ - طبعة ١٩٧٧، د. منصور مصطفى منصور - المدخل للعلوم القانونية - ص ٩٧ - الطبعة الثانية ١٩٧٠.

(2) د. جميل الشرقاوى - المرجع نفسه، د. توفيق فرج - المدخل للعلوم القانونية - ص ٦٦ - مؤسسة الثقافة الجامعية ١٩٩٢م.

(3) د. جميل الشرقاوى - المرجع نفسه - ص ١٠٩، د. رمضان أبو السعود - المدخل إلى القانون - ص١٣٤.

(4) د. جميل الشرقاوى - المرجع نفسه، د. منصور مصطفى منصور - السابق - ص ٩٨.

وهو أخيرا أداة طيعة لعلاج مشاكل الساعة فى المجتمع، فكثيرا ما تنبت فى المجتمع مشكلة تحتاج إلى علاج سريع، بحيث لو لم تتوافر الحلول لتضاعفت آثارها السيئة، ومثل هذه المشكلة لا تجد علاجا لها إلا بتشريع، وهو يمكن أن يصدر وينفذ فى يوم واحد[١].

ثانيا: أهمية التشريع فى مجال الجريمة والعقاب:

وإذا كان للتشريع أهميته فى مختلف فروع القانون، فإنه فى مجال الجريمة والعقاب يمثل أهمية أكثر، وتميزا أكبر، لأنه مصدر التجريم، كما أنه - كذلك - هو الذى يحدد العقوبة على الجرائم التى يقوم بتوصيفها وتحديدها.

ذلك أن القانون الجنائى يحدد الأفعال التى تعد جرائم، ويبين العقوبات التى توقع من أجلها، ولذلك فإنه ينظم فروعا متعددة، يجمع بينها أنها تتناول بالتنظيم والتحديد موضوعى الجريمة والعقوبة، وهذان الموضوعان هما محور الدراسات الجنائية كلها.

ويتناول القانون الجنائى الجريمة والعقوبة من نواحى متعددة، فهو يضع لها القواعد العامة التى تحكمها، وتسرى هذه القواعد على كل الجرائم أو أغلبها وعلى كل العقوبات أو أغلبها، ثم هو بعد ذلك يتناول كل جريمة على حدة. فيبين عناصرها القانونية، ويحدد العقوبة التى توقع عند ارتكابها، وفى النهاية يحدد القانون الجنائى الإجراءات التى تنشأ بارتكاب الجريمة وتستهدف تحديد المسئول عنها، وجمع الأدلة ضده، والقضاء عليه بالعقوبة المقررة لجريمته. ثم تنفيذها فيه[٢].

---

(١) د. أحمد سلامة - المدخل لدراسة القانون - ص ١١٦، د. توفيق فرج - المرجع نفسه - ص ٦٧.

(٢) د. على أحمد راشد - مبادئ القانون الجنائى - ص ٤ وما بعدها - طبعة ١٩٥٠.

د. محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم العام - ص ١٤ - طبعة ١٩٦٠م.

د. محمود نجيب حسنى - المساهمة الجنائية فى التشريعات العربية - فقرة ١ - طبعة ١٩٦٠م.

د. السعيد مصطفى السعيد - الأحكام العامة فى قانون العقوبات - ص ١ - طبعة ١٩٥٢م.

وأهم ما يتضمنه البحث فى الجريمة هو تحديد أركانها، وبيان عناصر كل ركن والقواعد التى تحكمه، وفى هذا الصدد، فإن أركان الجريمة ثلاثة: ركن شرعي، وركن مادى، وركن معنوى.

(أ) أما الركن الشرعى: فإنه يعنى الوصف غير المشروع الذى يسبغه الشارع الجنائى على الفعل[1]، وتوافر هذه الصفة رهن بتحقق شرطين:

أولهما: خضوع الفعل لنص تجريم، وذلك إعمالا للمبدأ القائل بأنه لا جريمة بغير نص، إذ لابد أن يحدد المشرع تحديدا واقعا ما يعتبر جريمة حتى لا يؤاخذ الناس على أعمال لم يرد بشأنها نص يجرمها، فيكون فى ذلك تهديد لأمنهم واستقرارهم، ومن ثم اهتزاز الأوضاع فى المجتمع وعدم استقراره، وذلك فضلا عما يمثله العقاب على أفعال غير منصوص على تجريمها من تهديد لحقوق الإنسان.

ثانيهما: عم خضوعه لسبب إباحة يعترف به القانون، وهذا القيد يفيد أن النص على التجريم غير كاف بذاته لتوقيع العقاب عليه، ولكنه يجب أن يكون غير مقترن بسبب من أسباب الإباحة التى يقررها القانون، والتى تجعل الفعل المنصوص على تجريمه مباحا بنص آخر[2].

وأساس ذلك أن الإباحة الطارئة على التجريم تمثل استثناء عليه. وعدولا عن حكمه بنص أقوى، وإذا تعارض الأقوى مع ما هو دونه، فإنه يتعين المصير إليه. ويكون التجريم بحق من أبيح له الفعل لا أثر له.

---

(1) د. محمود نجيب حسنى - المرجع نفسه - ص ٢.

(2) فى هذا المعنى: د. محمود نجيب حسنى - المرجع نفسه.

(ب) وأما الركن المـــادى: فإنه يعنى السلوك الإجرامى، أى التصرف الـذى ينسب إلى الجانى فى ظروف معينة فيترتب عليه أثر محدد، وفى هذا الركن يتمثل الجانب الذى تبرز به الجريمة إلى العالم الخارجى، فتقع تحت الحواس؛ وللركـــن المادى عناصر ثلاثة: الفعل، والنتيجة، ورابطة السببية بينهما[1]؛ والفعـــل هـو السلوك الإجرامى ذاته، وله صورتان، صورة إيجابية ، وذلك مثل حركة إراديـــة لعضو فى جسم الإنسان، وصورة سلبية حين يكون امتناعا عـــن ســـلوك معيـــن. والنتيجة هى الأثر المترتب على السلوك الإجرامى، ويتخذ هذا الأثر صورة تغـــير فى العالم الخارجى ويتمثل فيه الاعتداء على الحق الذى يحميه القانون[2].

وعلاقة السببية هى الصلة التى تربط بين الفعل والنتيجة، وتجمع بينـــهما فى وحدة يقوم عليها الركن المادى للجريمة[3].

(ج) وأما الركن المعنـــوى: فإن قوامـــه الإرادة التـــى صـــاحبت الســـلوك الإجرامى، وثبت أنه قد اتجهت على نحو يخالف القانون، ولا قيام للركن المعنـوى إلا إذا كانت الإرادة معتبرة قانونا، وهى لا تكون كذلك إلا إذا تجردت مما يعيبـــها فتوافر لها التمييز وحرية الاختيار.

واتجاه الإرادة على نحو يخالف القانون، يعنى أنها قد تعلقت بالفعل وآثاره. فغدا اتجاهها محلا للوم القانون، إذ أن الفعل وآثاره صفة غير مشروعة. واتصال الإرادة بهما يسبغ عليها صفة إجرامية[4]، ولاتجـــاه الإرادة صورتيـــن: القصـــد الجنائى وبه تكون الجريمة عمدية، والخطأ غير العمدى وبه تكون الجريمة غـــير عمدية، والقصد الجنائى قوامه اتجاه إرادة الجانى إلى فعله، وإلى النتيجة المترتبة

---

[1] د. محمود نجيب حسنى – المرجع نفسه؛ د. محمود محمود مصطفى – المرجع نفسه – ص ١٩١.

[2] د. محمود نجيب حسنى – المرجع نفسه – ص ٣.

[3] المرجع نفسه.

[4] المرجع نفسه.

عليه[1]، والخطأ غير العمدى يعنى اتجاه إرادة الجانى إلى فعله، وعدم اتجاهها إلى نتيجته، وليس عدم اتجاه إرادة الجانى إلى نتيجة فعله فى حالة الخطأ العمدى، أنه لا يحاسب على فعله، وإنما يلام عليه ويعاقب بسببه، لأنه كان يستطيع أن يتوقى حدوث النتيجة، وأن يحول دونه لكنه لم يفعل، أو لأنه توقعها ثم اعتمد على احتياط غير كاف للحيلولة دون حدوثها.

هذه المسائل وغيرها مما يجب تحديده بالنص، حتى يتسنى قيام المساءلة الجنائية. كما يجب كذلك تحديد العقوبة التى توقع بصدد كل جريمة، وذلك إعمالا للمبدأ القائل : بأنه لا جريمة إلا بنص، ولا عقوبة إلا بقانون، وعلى هذا النحو تبدو أهمية التشريع فى مجال التجريم والعقاب وفى غيره من المجالات الأخرى.

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات:

وفى إطار التشريع الجنائى يعتبر مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من أسس التشريع الحديث، ومقتضاه أن نصوص التشريع هى المصدر الوحيد للتجريم والعقاب.

فالمشرع وحده هو الذى يختص بتحديد الأفعال التى تعتبر جرائم، وبيان أركانها، وهو الذى يملك تحديد العقوبات بالنسبة لكل جريمة كما وكيفا. ويترتب على ذلك أن مهمة القاضى تنحصر فى تطبيق القانون الذى وضعه الشارع، فلا يملك تجريم فعل مهما كان يبدو فى نظره مخالفا للأخلاق أو العدالة أو ضارا بالمجتمع ، ما دام لم يرد نص به من الشارع، ولا يملك القاضى أن يوقع عقوبة أخرى غير تلك التى حددها الشارع للجريمة، ولو رآها أكثر ملاءمة، كما لا يجوز له النزول عن الحد الأدنى للعقوبة أو تجاوز الحد الأقصى لها. دون نص من القانون. ولا يجوز له استخدام القياس فى التجريم أو العقاب. ويعنى هذا المبدأ كذلك أن تختص السلطة التشريعية وحدها بأمور التجريم والعقاب - دون السلطتين

(1) د. محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات - ص ١١٠ - طبعة ١٩٥٥.

التنفيذية والقضائية - وأن تراعى عند وضع النص أن يكون محددا ذا أثر مباشـر فلا يرجع فى تطبيقه إلى الماضى[1].

أهميـــــة المبـدأ:

ويعتبر مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، من أهم ضمانات الحرية الفرديـة، ومن أكبر دواعى الاستقرار القانونى فى المجتمع، لأن الفرد يجب أن يعلم مقدمـا بالأفعال المحرمة وبالعقوبات المقررة حتى يتجنبها، ولا يفاجأ بتوقيع عقوبات عليه أشد مما هو منصوص عليها، باعتبار أنها توقع باسم القانون، وفى سبيل مصلحة عامة[2].

وعلى ضوء ما سبق تبدو أهمية التشريع فى كل من المجال الجنائى وغيره من مجالات التشريع الأخرى.

---

[1] د. محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات فى القسم العام - ص ٦١، د. سمير الجنزورى - مبادئ قانون العقوبات - القسم العام، مقارنا بالشريعة الإسلامية - ص ٢٠ - الطبعة الأولى ١٩٧١م.

[2] د. سمير الجنزورى - المرجع نفسه - ص ٢١ وما بعدها، د. أحمد فتحى سرور - الوسيط فى قانون العقوبات - القسم العام - ص ٣٨ - دار النهضة العربية ١٩٨٥.

المبحث الثالث

مزايا التشريع وعيوبه

ويمكن إجمال مزايا التشريع - إضافة إلى ما سبق - وعيوبه فيما يلى:

المطلب الأول

مزايا التشريع

من المعروف أن للتشريع دورا أساسيا فى مواجهة الواقع، وقدرة ملحوظة فى علاج نوازل العصر، التى تحتاج إلى مجابهة سريعة، وعلاج لا يحتمل التأخير، ويمكن إبراز مزايا التشريع مجملة فيما يلى:

أولا: يؤدى التشريع إلى صياغة القاعدة القانونية كتابة، ومن شأن تلك الصياغة أن تجعلها واضحة جلية لا يثير تفسيرها أو معرفة كنهها نزاعا أو خلافا، فالصياغة الدقيقة تحقق للقاعدة القانونية قدرا من الاحتياط، والتحديد والانضباط، وهذا يؤدى إلى سهولة تعرف الأفراد على حقوقهم وواجباتهم، وكيفية ممارسة هذه الحقوق وأداء الواجبات كما أن التشريع يساعد القائمين بتطبيقه على حسن أدائهم لمهمتهم مما يؤدى إلى استقرار المعاملات وسيادة الأمن فى الجماعة. وهذا بخلاف المصادر الأخرى للقانون، ومنها العرف، إذ هو مصدر غير واضح. وغير مدون كالتشريع، وذلك من شأنه أن يؤدى إلى صعوبة التحقق من وجوده ويثير النزاع حول قيامه وتكوينه وتحديد مضمونه مما يؤدى إلى عدم استقرار المعاملات واضطرابها.

ثانيا: والتشريع له أهمية خاصة، من جهة أنه يعتبر وسيلة سريعة لملاحقة التطورات والاستجابة لضرورات المجتمع، وما قد يستجد فيها من ظروف تقتضى وضع قواعد عاجلة، لا يمكن أن يسعف فيها العرف، لبطء تكوينه، واحتياجه إلى وقت طويل لنشوئه.

ثالثاً: ومن مميزات التشريع أنه يتسم بالعمومية، فهو يسرى فى كل إقليم الدولة، ويطبق على جميع المخاطبين بأحكامه، وهذا من شأنه أن يؤدى إلى تحقيق وحدة أبناء الوطن الواحد فى ظل تشريع موحد يحكم عليهم جميعاً، كما يؤدى ذلك إلى الاستقرار والتجانس فى حكم المعاملات، وتتوافر فيه ضوابط القاعدة القانونية الصحيحة، فهو ينظم السلوك ويقترن بجزاء توقعه السلطة العامة عند الاقتضاء[1].

رابعاً: ومن مزايا التشريع - كذلك - أنه يخضع القواعد القانونية للدراسة والبحث، وبالتالى يكون القانون حصيلة نشاط القوى العاقلة المدبرة التى تتولاه بالبحث والفحص والدراسة والنقد والتمحيص والتدقيق والتحليل بغية تطويره وجعله ملائماً لمجابهة الواقع[2].

خامساً: والتشريع - مع كل ذلك - يحقق انتقال الأنظمة القانونية من دولة إلى أخرى ومن جماعة إلى جماعة، لأن الدول تهتدى بما يسن فى بعضها من القوانين عند وضع تشريعاتها ، فتأخذ ما فيها من مميزات، وتتلافى ما يسفر عنه تطبيقها من مؤاخذات[3].

ولهذه الأسباب جميعاً أصبح للتشريع فى المجتمعات الحديثة الغلبة على ما سواه من مصادر القانون الأخرى، وزاد من أهميته كثيراً انتشار الأفكار الاجتماعية التى تسمح للدولة بالتدخل الكبير فى تنظيم العلاقات الخاصة.

---

(1) د. أحمد سلامة - فقرة ٤٧، د. عبد المنعم فرج الصدة - فقرة ٦١، د. جميل الشرقاوى - فقرة ٤٤، د. منصور مصطفى منصور - ص ١٠٩، د. عبد الرازق فرج - ص ٤٣ وما بعدها، د. شمس الدين الوكيل - ص ١٤٠ وما بعدها.

(2) فى هذا المعنى: د. جمال الدين طه العاقل - ص ٩١.

(3) المرجع نفسه.

المطلب الثانى

عيوب التشريع ومناقشتها

ورغم المزايا التى يتصف بها التشريع ، إلا أن مما يعاب عليه ما يلي :

(١) أنه من عمل الحاكم، وقد يؤدى إلى أن يقوم بإصدار تشريعات ضد رغبات الشعب من أجل تأكيد سطوته وإحكام قبضته، وهذا النقد وإن كان وجيها، إلا أن مبعثه قد يكون نابعا من سوء الظن بالحاكم أو عدم الثقة فى السلطة الحاكمة، واتهامها من غير دليل بأنها لا تتحسس نبض الجماهير التى تحكمها ولا تدرى بما يدور حولها، وهذا لا يعدو أن يكون اتهاما بغير دليل، وتعميما فى الحكم على الأشياء لا يصدقه الواقع، ولا يقبله المنطق، سيما وأن التشريعات قد تصدر من أعرق الدول فى ممارسة الديمقراطية ، ولا يمكن تصور انحيازها وقت صدورها للحاكم لأن فى تلك الدولة من الحرية ما يقوى معه المحكومون على مجابهة الحاكم بالنقد ، ورده أولا بأول إذا حدث منه انحراف أو تجاوز، ولو كان لمثل تلك التخرصات حظ من الصدق أو القبول ، لظهر أثر ذلك فى حركة التشريعات على مستوى العالم فنراها فى ذبول وتقلص، لكن الواقع يشير إلى غير هذا، فهى فى اضطراد دائم وتقدم مستمر، ومن ثم لا يكون لمثل تلك التقولات أثر[1].

كما يمكن رد ذلك، بأن التشريع يصدر عن سلطة منتخبة من الشعب وممثلة لإرادته ومنفذة لمقتضيات ظروفه وأحواله، وأن المشرع يتدخل من وقت إلى آخر فيعدل التشريع بحسب حاجة المجتمع إلى ذلك[2].

---

(١) فى هذا المعنى: د. جمال الدين طه العاقل – ص ٩٢.

(٢) د. عبد الرازق فرج – ص ٤٤ وما بعدها، د. سليمان مرقس – ص ٩٠ وما بعدها، د. منصور مصطفى منصور – فقرة ٤٣، د. جميل الشرقاوى – فقرة ٤٤.

(٢) ويعاب على التشريع كذلك، أنه يتسم بالجمود ولا يساير الظروف الجديدة فى المجتمع، وهذا النقد بدوره مردود، لأن المشرع يتدخل من وقت لآخر فيلغى التشريع ، أو يعدل من أحكامه كلما اقتضى الأمر ذلك[1].

(٣) وقد يكون من أكبر ما يؤخذ على التشريع ، أن ظروف إصداره قد تكون ظروفاً انفعالية يحكمها التسرع وعدم التروى، أو قد يكون عارضاً لتحقيق مصالح فئة معينة على حساب أخرى من فئات المجتمع، وذلك فى ظل ظروف تاريخية معينة، على نحو ما حدث فى فترة الستينات فى مصر، حيث صدرت قوانين عديدة بهدف إنصاف العاملين ونصرتهم على أصحاب الأعمال، ورعاية المستأجرين رعاية تجاهلت حقوق الملاك المؤجرين، إضافة إلى قوانين القطاع العام وغيرها من القوانين التى صدرت فى فترة مؤقتة وفى ظل طفرة انفعال تشريعي عارض . وفى غمرة رغبات شعبية طارئة، بعيدة عن الموضوعية والتجرد والحكم على الرابطة القانونية من كافة نواحيها، والنظر إلى المآلات البعيدة، والآثار السيئة التى يمكن أن تترتب على ذلك التشريع، خاصة وأن الذين يقومون بصناعة التشريع بشر ، يعتريهم ما يعترى البشر من الجنوح للمصالح الفئوية على حساب المصالح العامة، ومن الانتصار للنفس على حساب الانتصار من الغير.

(٤) كما يلاحظ أن التقنين بعد صدوره – وعلى ما قد يكون فيه من مواد – يحظى بفترة من التقديس لنصوصه، ثم لا يلبث الواقع أن يكشف عن ذلك الوهم . ويستبين للناس أن هذا التشريع ما هو إلا خدعة كبرى[2].

لكن ذلك العيب على كبره، قد لا يكون له أثر كبير إذا تم اختيار أعضاء الهيئات التشريعية والبرلمانية بأسلوب جيد، إضافة إلى التغيير المتاح لتلك القوانين كلما جدت الحاجة إلى التغيير، ورغم تلك الانتقادات فإن التشريع سيظل دائماً هو المصدر الأقوى والأكثر انتشاراً.

---

[1] د. عبد الرزاق فرج – المرجع نفسه – ص ٥٤.

[2] د. عبد المنعم البدراوى – ص ١١٧.

المبحث الرابع

سن التشريع

. يقوم دستور كل دولة ببيان الجهة التى تختص بسن التشريع وهذه الجهة تسمى السلطة التشريعية ، وهى قد تكون فرداً واحداً إذا كان حاكماً مطلقاً أو ملكاً، وقد تكون مجلساً أو مجلسين نيابيين يقوم الشعب بانتخابهما، كمجلس الشعب ومجلس الشورى، ومن ثم فإنهما ينوبان عنه فى سن التشريعات ، وقد يشارك رئيس الدولة المجلس النيابى بما يثبت له من حق التصديق أو الاعتراض على التشريعات، كما فى النظم البرلمانية التى تقوم على مبدأ التعاون بين السلطات ومنها مصر.

وأحياناً يقوم رئيس الدولة بسن التشريع إذا وجدت ظروف معينة تستلزم ذلك.

ويلاحظ أن السلطة التى تقوم بوضع التشريع تختلف بحسب أهمية هذا التشريع فقد يعالج التشريع أموراً خطيرة تتعلق بمصالح البلاد العليا أو يتناول التشريع النظام الأساسى للدولة، وفى هذه الحالة لا يكتفى بالسلطة التشريعية العادية بل يوكل الأمر إلى هيئة مشكلة على نحو معين أو يرجع فى ذلك إلى الشعب ليقرر ما يراد محققاً للصالح العام. أو إلى جمعية تأسيسية تشكل لهذا الغرض.

وقد يكون التشريع عادياً فتختص بوضعه السلطة التشريعية العادية فى البلاد مثل مجلس الشعب فى مصر.

وقد يتعلق التشريع بمسائل تفصيلية لها أهمية ثانوية تتصل بالتطبيق العملى فيتولى وضعه السلطة التنفيذية نظراً لاتصالها الدائم بميدان العمل بين الناس، ولهذا تكون أقدر على إدراك مدى حاجتهم[1].

---

(1) .. جمال الدين العاقل – ص ٩٣.

وسن التشريع يختلف بحسب نوعه وتدرجه من حيث القوة ، ولهذا ينبغي بيان ذلك:

أولا: تدرج التشريعات بحسب القوة:

تتعدد التشريعات وتختلف من حيث قوتها بحسب أهمية المسائل التي تعالجها، ومن ثم فإنها تتدرج في القوة فأعلاها الدستور وهو التشريع الأساسي ويليه التشريع العادي أو الرئيسي وهو يشمل القوانين العادية، ثم يلي ذلك في القوة التشريع الفرعي وهو اللوائح والقرارات الإدارية التنظيمية التي تصدرها السلطة التنفيذية.

ويترتب على هذا التدرج التشريعي ، أن التشريع الأدنى درجة لا يجوز أن يخالف التشريع الأعلى منه، فلا يجوز أن تخالف القوانين العادية أو اللوائح والقرارات الإدارية الدستور ، ولا يصح أن يخالف التشريع الفرعي (اللوائح والقرارات الإدارية) التشريع العادي أو الرئيسي ، وعند تعارض تشريعين من درجتين مختلفتين تكون الغلبة للتشريع الأعلى درجة على التشريع الآخر، والقضاء هو الذي يقوم بالفصل في ذلك[1].

وسندرس فيما يلي الأنواع المختلفة للتشريعات وبيان كيفية سنها والسلطة المختصة بوضعها.

ثانيا: أنواع التشريعات بحسب درجتها وطريقة إصدارها:

وينقسم التشريع بحسب درجته وطريقة إصداره إلى التشريعات المختلفة التالية:

(١) التشريع الأساسي، ويسمى الدستور: ويختص بوضعه هيئة سياسية عليا عادة، أو جمعية تأسيسية تنتخب لهذا الغرض.

---

(١) المرجع نفسه - ص ٩٤.

(٢) التشريع العادى أو الرئيسى: وهو عبارة عن القوانيـــن التـــى تقـــوم بوضعها السلطة التشريعية، وهى مجلس الشعب عندنا فى مصر.

(٣) التشريع الاستثنائى: وهو القواعد القانونية التى يقوم بوضعها رئيـــس الدولة فى ظروف معينة كحالات الضرورة ، أو فـــى غـــير دور انعقـــاد الســـلطة التشريعية (مجلس الشعب).

(٤) التشريع الفرعى: وهو يتمثل فى اللوائح والقرارات الإدارية ذات الصبغة التشريعية التى تتولى وضعها الوزارات المختلفة أو الهيئات العامة، أو الـــوزراء المختصون أو مديرو العموم وهم بصدد تنظيم الأعمال داخل وزاراتهم أو إداراتهم، وسوف نبين طريقة سن كل تشريع فى مطلب على حدة.

المطلب الأول

سن التشريع الأساسى (الدستور)

يعتبر التشريع الأساسى كما عرفنا من قبل هو الدستور ، وهو يشمل القواعد القانونية التى تبين شكل الدولة ونظام الحكم فيها ويحدد السلطات العامة فيها ، واختصاص كل منها ، ويقرر الحقوق الأساسية للأفراد وواجباتهم والضمانات العامة لحمايتها، وقد سبق بيان ذلك.

السلطات المختصة بسن الدستور:

تختلف السلطة المختصة بوضع الدستور من بلد لآخر، وفى البلد الواحد من زمان لآخر، فقد يتولى وضع الدستور هيئة سياسية عليا قد تتمثل فى الحاكم ، وقد تكون جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب وقد تكون السلطة التشريعية فى البلاد وقد يكون الشعب نفسه عن طريق الاستفتاء.

وكان أول دستور صدر فى مصر سنة ١٩٢٣ ، في شكل منحة من الملك فؤاد للشعب. وقد صدر دستور الجمهورية العربية المتحدة فى ٢٥ مارس سنة ١٩٦٤ ، كما صدر الدستور الحالي في ١٩٧١/٩/١١م؛ حيث تم هذا في التاريخ إعلان دستور مصر الدائم ، والذي تم تعديله بقرار مجلس الشعب في ١٩٨٠/٤/٣٠م .

طريقة سن الدستور وتعديله:

كما تختلف طريقة سن الدساتير عن طريقة تعديلها ويحسن بيان ذلك مع بيان دستورية القوانين:

أولا: طريقة سن الدستور:

يمكن القول إن الدساتير تنقسم من حيث طريقة سنها إلى أنواع ثلاثة هي:

(١) الدستور الممنوح.

وهو الدستور الذي يصدر في شكل منحة من الحاكم للشعب. ومن أمثلة ذلك: الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٢٣ ، حيث كان منحة من الملك فؤاد

(٢) الدستور الاتفاقى:

وقد يصدر الدستور فى صورة عقد بين الشعب والحاكم، يقوم الحاكم بمقتضاه بإصدار الدستور الذى يكفل حقوق الشعب.

ويلاحظ أن انجلترا كانت أسبق الدول إلى فكرة التعاقد ، فقد ثار النبلاء فى وجه الملك وأجبروه على إمضاء العهد الأكبر، وفى فرنسا تنازل الملك شارل العاشر عن العرش واجتمع نواب الأمة ووضعوا مشروع دستور سنة ١٨٣٠ ، وتلى هذا الدستور على الملك الجديد ووافق عليه قبل جلوسه على العرش، ويسمى الدستور الصادر بهذه الطرق ؛ بالدستور الاتفاقى.

(٣) الدستور الشعبى:

وهناك طريقة أخرى لسن الدستور وهى: أن يقوم الشعب نفسه بوضع الدستور عن طريق هيئة تأسيسية منتخبة من الشعب ، أو تقوم الحكومة بوضع الدستور ثم يطرح على الشعب للاستفتاء، وقد حدث ذلك بالنسبة للدستور المصرى الصادر سنة ١٩٥٦، ويسمى الدستور الصادر بتلك الطريقة ، بالدستور الشعبى، وهو أكثر أنواع الدساتير[1].

ثانيا: طريقة تعديل الدستور:

تنقسم الدساتير من حيث الطريقة التى يجب اتباعها لتعديل أحكامها أو إلغائها إلى دساتير مرنة ودساتير جامدة، وهذا مما لا يختلف فيه نظر الفقه.

---

(١) فى هذا المعنى: د. جمال الدين العاقل – ص ٩٦.

(١) الدستور المرن:

هو الذى يكفى لتعديله أو إلغائه اتباع نفس الإجـــراءات اللازمـــة لتعديـــل القوانين العادية ، ومثال الدستور المرن: الدستور الإنجليزى، حيث يمكن تعديلـــه بما تعدل به القوانين العادية.

(٢) وأما الدستور الجامد:

فإنه لا يمكن تعديله أو إلغاؤه إلا بعد اجراءات طويلة، وتوافر شروط معينة لا يلزم اتباعها عند تعديل القوانين العادية، وتعتبر - بلا شك - أكثر منها تعقيـــدا وأعظم تشددا، ويعتبر الدستور المصرى الصادر سنة ١٩٧١ مثالا لذلك، فقد نصت المادة (١٨٩) منه ، على ما يلى: "لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الشعب طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور ويجب أن يذكر فى طلـــب التعديـــل المـــواد المطلوب تعديلها، والأسباب الداعية لهذا التعديل فإذا كان الطلب صادرا من مجلس الشعب، وجب أن يكون موقعا من ثلث أعضاء المجلس على الأقل ، وفـــى جميـــع الأحوال يناقش المجلس مبدأ التعديل، ويصدر قرارا فى شأنه بأغلبية أعضائه، فإذا رفض الطلب، لا يجوز إعادة النظر فى تعديل المواد ذاتها قبل مضى شهر على هذا الرفض".

فإذا وافق مجلس الشعب على مبدأ التعديل ، يناقش بعد شهرين من تـــاريخ هذه الموافقة المواد المطلوب تعديلها، فإذا وافق على التعديل ثلث أعضاء المجلس عرض على الشعب لاستفتائه فى شأنه.

فإذا ووفق على التعديل اعتبر نافذا من تاريخ إعلان نتيجة الاستفتاء.

ثالثا: دستورية القوانين:

من المقرر أن الدستور يعتبر أعلى مراتب التشريع. ولهذه المرتبة فإنـــه لا يجوز أن تخالف النصوص القانونية أحكام الدستور، ومع ذلك فإن تلك المخالفـــة رغم صحة الحكم عليها مجردة، إلا أن مضمونها قد أثار خلافا فى الـــرأى حـــول طبيعة الإجراء الذى يلزم اتخاذه نحوها، وما إذا كان يجوز معه للقاضى أن يمتنـــع

عن تطبيق النص المخالف للدستور أم لا يجوز له ذلك؟، وبعبارة أوضح؛ هل من حق المحاكم أن تراقب مبدأ دستورية القوانين:

لقد أثار هذا الحكم خلافا فى الرأى، وقد جاء هذا الخلاف من جراء سكوت المشرع المصرى عن تقرير حكم فى الموضوع، حيث لم يعط المحاكم هذا الحق، ولم يمنعها منه، ومن ثم ظل الأمر متروكا لاجتهاد الفقهاء والمحاكم، وهذا الاجتهاد يفرق بين مخالفة القانون للدستور من الناحية الشكلية ، ومخالفته له من الناحية الموضوعية، ولكل حالة من هاتين المخالفتين حكما:

(١) المخالفة الشكلية:

فيما يتعلق بالمخالفة الشكلية نجد أن الفقهاء يتفقون على ثبوت الحق للمحاكم فى أن تراقب دستورية القوانين من حيث الشكل، وبناء على ذلك فإن للمحاكم الحق فى الامتناع عن تطبيق القانون الذى جاء مخالفا للدستور من حيث الشكل، وذلك كأن يكون القانون قد صدر غير حائز للأغلبية المطلوبة ، أو لم ينشر فى الجريدة الرسمية ، أو لم يصدره رئيس الجمهورية، ففى هذه الأحوال يكون القانون غير نافذ ولا يصح تطبيقه(١).

(٢) المخالفة الموضوعية:

وأما المخالفة الموضوعية ، فقد حدث فيها خلاف كبير بين الفقهاء تركز حول مدى أحقية المحاكم فى مراقبة دستورية القوانين، فذهب رأى إلى عدم إعطاء المحاكم الحق فى مراقبة دستورية القوانين فى هذه الحالة ، ومن ثم لا يحق للقاضى أن يمتنع عن تطبيق القانون غير الدستورى لأن ذلك يؤدى إلى الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات، فالدستور يجعل السلطة التشريعية مختصة بسن التشريعات والسلطة القضائية مختصةً بتطبيقه، فإذا امتنع القاضى عن التنفيذ فإنه

(١) د. جمال الدين العاقل – ص ٩٨.

يترتب على ذلك تعطيل القانون الأمر الذى يشكل افتئاتا على اختصاص السلطة التشريعية[1].

وذهب الجانب الأكبر من الفقهاء وأحكام القضاء إلى وجوب الاعتراف للمحاكم بحق رقابة دستورية القوانين، لأن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد تغليب قاعدة على قاعدة أخرى فى حالة تعارض القاعدتين، وهنا يجب على القاضى أن يغلب القاعدة الدستورية لأنها أعلى مرتبة من التشريع العادى ، والقاضى إذ يفعل ذلك لا يكون قد اعتدى على السلطة التشريعية بل يكون قد ساير منطق تدرج التشريعات، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإنه إذا لم تخول الدولة الحق فى رقابة دستورية القوانين فإن هذا سيعنى أن السلطة التشريعية تجبر السلطة القضائية على تنفيذ القوانين المخالفة للدستور، وحين يكون لها الحق فى رقابة دستورية القوانين تستطيع أن تتخلص من هذا الإجبار.

هذا بالإضافة إلى أن الجميع يسلمون بأن للمحاكم حقا فى الرقابة على دستورية اللوائح ، ولم يقل أحد بمنع هذه الرقابة بمقولة أنها تشكل اعتداء على السلطة التنفيذية، فالقياس صحيح على ذلك للمحاكم الحق فى رقابة دستورية القوانين.

وقد تأكد هذا قضائيا فذهبت محكمة القضاء الإدارى ، والمحكمة الإدارية العليا إلى إثبات حق رقابة دستورية القوانين للمحاكم عند مخالفة القانون لنص دستورى ، أو عند خروجه على روح الدستور، وقد أصبح الخلاف المتقدم بين الفقهاء والقضاء غير ذي جدوى ، سيما بعد صدور القرار بقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ ، والذى بموجبه أصبحت المحكمة الدستورية العليا هى الجهة المختصة بالفصل فى دستورية القوانين ، وذلك فى حالة الدفع بعدم دستوريتها أمام أى محكمة.

---

(1) المرجع نفسه، د. عبد المنعم البدراوى – ص ١٣١.

وتقرر المادة الأولى من هذا القانون: "أن المحكمة التى يتمسك أمامها بعدم دستورية القانون ، لا يجوز لها الفصل فى هذا الدفع بنفسها، بل يتعين عليـــها أن تقرر وقف الفصل فى الدعوى الأصلية ، وتحدد للخصم موعدا لرفع الدعوى بذلـك أمام المحكمة الدستورية العليا"، والحكم الصادر من هذه المحكمة يكون حكما نهائيا وملزما لكافة المحاكم[1].

---

[1] المرجع نفســه – ص ٩٩، د. عبد المنعم البدراوى – السابق.

المطلب الثانى

سن التشريع العادى

يطلق اصطلاح التشريع العادى فى هذا الموطن من الدراسة، ويقصد منه : القانون بالمعنى الضيق الذى يراد به مجموعة القواعد القانونية التى تنظم سلوك الأفراد فى المجتمع، والذى تقوم به السلطة التشريعية فى حدود اختصاصها بسن التشريع على النحو المبين بالدستور.

ويتولى السلطة التشريعية فى مصر، مجلس الشعب، وقد نصت المادة (٨٦) من الدستور المصرى الصادر فى سنة ١٩٧١ ، على أنه: "يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ويقرر السياسة العامة للدولة"، وتنص المادة (١٣٧) على أنه: "يتولى رئيس الجمهورية السلطة التنفيذية ويمارسها على الوجه المبين بالدستور".

المراحل التى يمر بها سن التشريع العادى:

يمر التشريع العادى عند سنه بعدة مراحل هى: مرحلة الاقتراح والمناقشة والتصويت، والتصديق، وإصدار التشريع، ونبين هذه المراحل بالتفصيل الذى تقتضيه الدراسة، وذلك كما يلى:

أولا: مرحلة الاقتراح:

التشريع شأنه شأن أى فكرة يراد لها أن تظهر إلى حيز الوجود. ولذلك فإنه يبدأ اقتراحا، والاقتراح هو الصياغة الأولية التى تتجسد فيها فكرة التشريع. فلابد أن نكون بصدد فكرة، ولابد أن تتجسد تلك الفكرة فى صياغة محددة يدور حولها النقاش ، ويتجاذب المتناقشون فيها أطراف الحديث. ويشتد حول بعض نصوصها الخلاف حتى يحتد ، ثم ينتهى برفع أيدى الأغلبية للموافقة. أو ظهور أصوات الموافقين والمخالفين على شاشة ضوئية تعطى قراءة سريعة برأى الأغلبية فى المسائل التى يدور حولها الخلاف بالموافقة أو بالمخالفة.

وحق اقتراح القوانين مقرر أولا للسيد رئيس الجمهورية، وهو لن يمارس هذا الحق بنفسه ، حيث لا يتصور فيه الإحاطة بكل شيئ، ولا يفترض فيه أنه متخصص فى كل الأمور، وإنما سيمارسه بواسطة أعوانه من الخبراء والمستشارين والوزراء الذين يعدون المشروع بواسطة اللجان الفنية فى وزاراتهم، فإذا ما انتهت تلك الصياغة التى لا يتصور فيها إلا أن تكون أولية. أحال الوزير المختص المشروع إلى قسم التشريع بمجلس الدولة لصياغته ابتداء. إذا كان الاقتراح المقدم فكرة يراد لها أن تتخذ شكل قانون، أو لمراجعة صياغته إذا كان قد أحيل بعد صياغته صياغة أولية، وبعد ذلك يعرض على السيد رئيس الجمهورية، فإذا ارتضى ما قدم له، أحاله إلى مجلس الشعب، والاقتراح المقدم من رئيس الجمهورية يسمى (مشروع بقانون)، وهذا المسمى يختلف عن ذلك الاقتراح بقانون ، الذى يقدم من أحد أعضاء مجلس الشعب، حيث يسمى (اقتراح بقانون)، وقد نصت المادة (١٠٩) من دستور مصر الدائم والصادر سنة ١٩٧١ على أنه: "لرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب حق اقتراح القوانين"، ويحال كل مشروع قانون إلى إحدى لجان المجلس لفحصه وتقديم تقرير عنه. على أنه بالنسبة لمشروعات القوانين المقدمة من أعضاء مجلس الشعب، فإنها لا تحال إلى تلك اللجنة، إلا بعد فحصها أمام لجنة خاصة لإبداء الرأى فى جواز نظر المجلس فيها بعد أن يقرر المجلس ذلك[1].

ثانيا: المناقشة والتصويت:

بعد فحص مشروعات القوانين من اللجان المختصة، يجب عرضها على المجلس حتى تتم مناقشتها ويجرى التصويت عليها، وبعد أن يعرض المشروع على المجلس بكامل هيئته تجرى مناقشته، وبعد المناقشة يؤخذ الرأى على المشروع أو الاقتراح مادة مادة[2].

---

(1) مادة ١٠٩ من الدستور الحالى، وراجع: د. عبد المنعم البدراوى – ص ١٢٢، د. جميل الشرقاوى – ص ١١١ وما بعدها، د. أحمد سلامة – فقرة ٤٧، د. عبد الرازق فرج – ص ٤٨ وما بعدها، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ٦٦، د. منصور مصطفى منصور – ص ١١٣ وما بعدها.

(2) مادة ١٠٧ من الدستور.

وتتم الموافقة على المشروع أو الاقتراح بالأغلبية المطلقة للحاضرين، وعند تساوى الآراء يعتبر المشروع قانونا[1]، ومن الضوابط التى وضعها الدستور لذلك أنه:

(أ) لا يكون انعقاد المجلس صحيحا إلا بحضور أغلبية أعضائه.

(ب) وأن المجلس يتخذ قراراته بالأغلبية المطلقة للحاضرين، ويراد بالأغلبية عند حضور عدد يزيد عن نصف أعضاء المجلس، فإذا لم تتوافر هذه الأغلبية أو تساوت الآراء فإن الموضوع يعتبر مرفوضا كما سبق بيانه.

(ج) ويجرى التصويت على مشروعات القوانين مادة مادة.

(د) كل مشروع قانون اقترحه الأعضاء ورفضه المجلس لا يجوز تقديمه مرة ثانية فى نفس دورة الانعقاد[2].

وبعد أن تتم مناقشة نصوص المشروع مادة مادة ، يعرض للتصويت، فإذا وافقت عليه الأغلبية كان ذلك موافقة على المشروع.

ثالثا: تصديق رئيس الجمهورية:

بعد موافقة مجلس الشعب على المشروع يعرض على رئيس الجمهورية الذى أعطاه الدستور حق الاعتراض على القانون[3]، والتصديق على هذا النحو يعتبر عملا تشريعيا، حيث يعتبر مظهرا لاشتراك رئيس الدولة مع السلطة التشريعية كأحد نتائج الأخذ بالنظام البرلمانى الذى يعتمد على التعاون بين السلطات، وليس على الفصل التام بينهما على نحو ما هو مقرر فى النظم الرئاسية.

فإذا أرسل المشروع إلى رئيس الجمهورية ووافق عليه ولم يرده ثانية إلى المجلس فى مدى ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغ المجلس له، اعتبر قانونا وأصدر[4].

---

(1) نفس المادة.

(2) مادة ١١١ من الدستور.

(3) مادة ١١٢ من الدستور.

(4) مادة ١١٣ من الدستور.

أما إذا اعترض رئيس الجمهورية على المشروع، فإنه يجب عليه أن يرده إلى المجلس فى مدة الثلاثين يوما المحددة بالدستور من تاريخ إبلاغ المجلس له، فإذا رده إلى المجلس فى الموعد السابق، وجب على المجلس إعادة المناقشة وأخذ الأصوات عليه من جديد، وفى هذه الحالة فإنه يشترط أن يوافق عليه ثلثا الأعضاء الذين يتكون منهم المجلس، وليس ثلثى الحاضرين فقط[1]، فإذا حاز المشروع تلك الأغلبية اعتبر قانونا وأصدر.

ومن ثم يبدو أن حق رئيس الجمهورية فى الاعتراض على مشروع القانون لا يؤدى إلى إسقاطه بمجرد الاعتراض، وإنما قد تؤدى - فقط - إلى مجرد تأخيره، وذلك فى حالة ما إذا أعيد عرضه على مجلس الأمة، وأقره بالأغلبية المطلوبة فى الدستور، ولذلك فإنه من الأوفق أن يسمى ذلك الاعتراض : بالإعتراض التوقيفي ليس إلا[2].

رابعا: إصدار التشريع:

بعد موافقة رئيس الجمهورية على المشروع ، أو عدم اعتراضه عليه، أو اعتراضه عليه وإقراره من مجلس الشعب بعد ذلك الاعتراض على نحو ما سبق، تتم العملية التشريعية ويوجد القانون ، إلا أن هذا القانون لا ينفذ إلا بإجراء من جانب رئيس الجمهورية بصفته رئيس السلطة التنفيذية الموكول إليها تنفيذ القانون.

فالإصدار: عمل صادر من رئيس الجمهورية مفيد لتحقيق أمرين هما:

(١) إثبات وجود التشريع، أى إعلان أن السلطة التشريعية قد أصدرت قانونا وفقا لأحكام الدستور، فالإصدار بمثابة شهادة الميلاد بالنسبة للقانون الجديد.

---

(١) المادة.

(٢) [illegible]ـد المنعم البدراوى - مبادئ القانون - ص ١٢٣.

(٢) أن الإصدار يتضمن أمرا من رئيس الجمهورية بصفته رئيس السلطة التنفيذية ، لسائر أعضاء هذه السلطة وعمالها ، بتنفيذ التشريع الجديد كقانون من قوانين الدولة، ومن ثم يصبح واجب النفاذ.

والإصدار واجب على رئيس الجمهورية ، لأنه إن لم يفعل يكون قد عطل تنفيذ قانون اعتمدته السلطة التشريعية، وهو ما ينطوى على معنى الاعتداء عليها، ومن ثم فلا يجوز له الامتناع عن الإصدار أو تأخيره، وهو ليس ملزما بانتظار مدة الثلاثين يوما المحددة للاعتراض ليصدر القانون، بل إن بمقدوره أن يصدره بمجرد إبلاغه به، ويتضمن هذا بالطبع عدم استعماله حق الاعتراض على المشروع.
ويستهل التشريع بالعبارة الآتية:

مجلس الشعب.

رئيس الجمهورية.

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه ، وقد أصدرناه.

ويشار إلى التشريعات فى مصر، برقم مسلسل خلال السنة التى صدرت فيها، ويأخذ القانون تاريخ إصداره بواسطة رئيس الجمهورية، فيقال مثلا: القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦١ وفى نهايته: يبصم هذا القانون بخاتم الدولة وينفذ كقانون من قوانينها ، صدر برئاسة الجمهورية فى ٢٢ المحرم سنة ١٣٨١ هـ (٥ يوليو سنة ١٩٦١).

خامسا: نشر التشريع:

يصبح التشريع واجب النفاذ بإصداره، ولكنه لا يجوز أن يطبق فى حق الأفراد إلا إذا توافرت لهم وسيلة العلم به، ولهذا كان من العدل أن يعلق تطبيق التشريع على نشره ، فالنشر إجراء يقصد به تمكين الأفراد من العلم بالقانون ليكونوا ملزمين بأحكامه، وقد اختارت الشرائع الحديثة طريقة خاصة للنشر هى نشر التشريع فى جريدة خاصة تعرف فى مصر بـ(الجريدة الرسمية) ، فلا يجوز النشر فى سواها، ولا يقوم مقامها أى إجراء آخر ، ومن ثم فلا يجزئ النشر إذا تم فى الصحف اليومية ، أو بطريق الإذاعة ، أو التليفزيون ، أو عبر شبكة

الإنترنت الدوليه، [illegible] بطريق آخر كخطاب أو إنذار على يد محضر، حيث لا يغنى عن نشر التشريع فى الجريدة الرسمية شيئ سواها ، وهـذا النشر واجب بالنسبة لكافة صور التشريعات، يستوى فى هذا التشريع الدستور ، والتشريع العادى، والتشريع الفرعى.

وقد ألزم الدستور السلطة التنفيذية بنشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها بواسطة رئيس الجمهورية[1]،وإذا تم نشر القانون فى الجريدة الرسمية فإنه يعمل به بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها، إلا إذا صدر لذلك ميعاد آخر ، وإذا تم النشر، فإن علم الكافة بالقانون يفترض، لأن هذا النشر يعد قرينة قاطعة على علم الجميع به ، فلا يجوز لأحد منهم بعد ذلك أن يدعى شخصيا أنه لم يعلم بالقانون، حيث لا يقبل من أحد أن يدعى جهله بالقانون، أو لا يفترض فى أحد الجهل بالقانون، وبدون هذا الافتراض يختل تطبيق التشريع وتزول عنه صفة العمومية.

---

(1) مادة ١٨٨ من الدستور.

المطلب الثالث

سن التشريع الفرعي

يتمثل التشريع الفرعي فيما تسنه الدولة من خلال سلطتها التنفيذية من لوائح تنظيم وتفصيل التشريع العادي، ولترتيب المرافق والمصالح العامة، ولحفظ الأمن وصيانة الصحة العامة ، واللوائح التي يحتويها التشريع الفرعي ثلاثة هي: اللوائح التنفيذية، واللوائح التنظيمية، ولوائح الضبط أو البوليس ، وتشريع الضرورة ، ونبين كلا منها تباعا:

أولا: اللوائح التنفيذية:

وهي تلك التي تصدر تنفيذا للقانون الصادر من السلطة التشريعية، وتلك من خلال اتصالها المستمر بالجماهير، وتعرفها على التفصيلات الدقيقة اللازمة لوضع هذه الأسس والقواعد موضع التنفيذ.

وقد نصت المادة (١٤٤) من الدستور الدائم الصادر في سنة ١٩٧١ ، على أنه: "يصدر رئيس الجمهورية اللوائح لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل أو إعفاء من تنفيذها، وله أن يفوض غيره في إصدارها، ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه".

ومن أمثلة اللوائح التنفيذية الصادرة من رئيس الجمهورية تنفيذا للقانون، القرار الجمهوري رقم (٢٥٠) لسنة ١٩٧٥ ، بشأن القانون رقم (١٠٣) لسنة ١٩٦١، ويجب أن تتقيد هذه القرارات بوضع الإجراءات التي تكفل تنفيذ القانون، ولا تتجاوز ذلك إلى حد تعديل أحكام القانون أو تعطيلها.

ثانيا: اللوائح التنظيمية:

وهي التي توضع لإنشاء وتنظيم المرافق والمصالح العامة، وترتيبها، وتنسيق سير العمل في هذه المرافق والمصالح والإدارات الحكومية، وهذه اللوائح

مستقلة بذاتها، ويستقل رئيس الجمهورية بوضعها دون استناد إلى تشريع قائم، كما هو الشأن بالنسبة للوائح التنفيذية، وذلك بناء على ما تقضي به المادة (١٤٦) من الدستور، هذه اللوائح تختص بوضع الأسس التفصيلية التى لا يعنى بها القانون غالبا، وهو معنى بوضع الأسس العامة للتنظيم الإدارى للدولة.

ثالثا: لوائح الضبط:

وتسمى هذه اللوائح؛ لوائح الضبط أو البوليس، وهى الأخرى من اللوائح المستقلة أى التى لا تستند إلى تشريع رئيسى تقوم بتنفيذه، وهذه اللوائح أكثر خطورة من اللوائح التنظيمية لأنها تمس الأفراد فى حرياتهم وأموالهم مباشرة، وغيرها لا يتعدى إلى ذلك.

والقصد من سن تلك اللوائح، المحافظة على الأمن العام والسكينة العامة، والصحة العامة، وقد نصت المادة (١٤٥) من الدستور على أن : "رئيس الجمهورية هو الذى يصدر لوائح الضبط" ، وبدهى فإن السلطة التنفيذية لا تستطيع أن تنظم هذه الأمور الثلاثة بدون أن تحد من حريات الأفراد وتصرفاتهم.

ومن أمثلتها لوائح المرور، واللوائح الخاصة بمراقبة الأغذية. والخاصة بمنع انتشار الأوبئة، واللوائح الخاصة بالمحال العامة ، والخطرة ، والمقلقة للراحة ، أو المضرة بالصحة.

وتتضمن لوائح الضبط بعض العقوبات، ولكنها مقررة بالنص عليها فى قانون العقوبات فى المادة (٣٩٥)، التى تنص على أن: "من خالف أحكام اللوائح العمومية أو المحلية الصادرة من جهات الإدارة العمومية أو البلدية أو المحلية . يجازى بالعقوبات المقررة فى تلك اللوائح، بشرط ألا تزيد على العقوبات المقررة للمخالفات، فإذا كانت العقوبات فى اللوائح زائدة عن هذه الحدود . وجب حتما إنزالها إليها، فإذا كانت اللائحة لا تنص على عقوبة ما يجازى من يخالف أحكامها بدفع غرامة لا تزيد على خمسة وعشرين قرشا"، وبالمناسبة فإن تلك المادة تعتبر هى المادة الأخيرة من قانون العقوبات.

رابعا: تشريع الضرورة:

وتشريع الضرورة، هو ما يصدره رئيس الجمهورية في حالة الضـرورة، وفى الأحوال الاستثنائية بناء على تفويض من مجلـس الشـعب بأغلبيـة ثلثـى أعضائه، وهذه القرارات لها قوة القانون. وهذا التفويض يجب أن يكـون لمـدة محددة، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات، والأسس التى تقوم عليها، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويـض، فإذا لم تعرض، أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها ، زال ما كان لها من قـوة القانون[1].

وكذلك الشأن فيما لو حدث في غيبة المجلس ما يوجب الإسراع فى اتخـاذ تدابير لا تحتمل ، فإنه يجوز لرئيس الجمهورية أن يصدر بشأنها قرارات تكون لها قوة القانون ، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشـر يوما من تاريخ صدورها ، إذا كان المجلس قائما، وتعرض فى أول اجتماع له فـى حالة الحل أو وقف جلساته، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها مـن قـوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك، وإذا عرضت ولم يقرها المجلـس زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون ، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فـى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر[2].

رقابة شرعية اللوائح:

من المقرر أن اللائحة لا يجوز أن تخالف القانون، وهذا يصدق على جميع اللوائح سواء أكانت تنفيذية أم تنظيمية أم لوائح ضبط . وهنا يثور تسـاؤل: مـا الحكم إذا خالفت اللائحة القانون؟، وهل يجوز للقضاء أن يمارس سـلطة رقابـة شرعية اللوائح؟، لقد جرى القضاء فى مصر على ممارسة ذلك. متى ثبت لــه أن اللائحة مخالفة للقانون، فإذا وجدها كذلك، فإن له أن يمتنع عن تطبيقها ولكنــه لا

---

[1] المادة ١٠٨ من الدستور.

[2] مادة ١٤٧ من الدستور.

يملك الحكم ببطلانها استقلالا، لكن له أن يمتنع عن إنزال حكمها في الدعوى المرفوعة أمامه من تلقاء نفسه، حتى ولو لم يطلب منه أحد ذلك.

أما القضاء الإدارى، فإن له فضلا عن عدم تطبيق اللائحة المخالفة للقانون، الاختصاص بأن يحكم بإلغائها متى طعن أصحاب المصلحة فيها بدعوى خاصة تعرف بدعوى الإلغاء، وقد أعطى قانون إنشاء مجلس الدولة لمحكمة القضاء الإدارى ، الاختصاص بالنظر في الطلبات التى يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية، متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص، أو وجود عيب فى الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ فى تطبيقها وتأويلها أو إساءة استعمال السلطة[1]، وميعاد الطعن بالإلغاء ستون يوما من تاريخ نشر اللائحة فى الجريدة الرسمية، ويصدق ذلك من باب أولى فى حالة مخالفة اللائحة لأحكام الدستور[2].

عدم جواز الاعتذار بجهل القانون:

من المعلوم أن الطريقة الوحيدة التى يعتد بها القانون فى إعلام الناس بالتشريع، هى نشره فى الجريدة الرسمية.

وبناء على ذلك فإنه إذا نشر التشريع فى الجريدة الرسمية وانقضت المدة القانونية فإنه يفترض أن الناس قد علموا بالقانون وأصبحوا مطالبين بتنفيذه. حتى ولو كانوا فى حقيقة الأمر يجهلون القراءة والكتابة أو لم يطلعوا على الجريدة الرسمية المنشور بها التشريع، فلا يصح لأحد أن يحتج بأنه يجهل القانون حيث لا يعذر أحد بجهله بالقانون، وهذه قاعدة من القواعد المقررة فى الدستور ، ومسلم بها كما أنها قد حظيت بشهرة ارتفعت بها إلى مستوى الأصول القانونية. ويراعى أن هذه القاعدة لا تطبق إلا بالنسبة للالتزامات التى يفرضها القانون على

---

(1) مادة ٨ من قانون مجلس الدولة.

(2) د. عبد المنعم البدراوى – ص ١٣٠.

الأفراد ، أما بالنسبة للحقوق التى يمنحها القانون فإن هذه الحقوق تتحدد قبل نشر القانون[1].

كما يراعى – أيضا – أن الأجانب الذين يتواجدون على إقليم الدولة ، تسرى عليهم أحكام التشريع كما يسرى على المواطنين، بحيث إذا وجد واحد منهم فـــى مركز قانونى ينظمه التشريع الذى صدر ونشر فى الجريدة الرسمية فلا يقبل منـــه الاحتجاج بجهله القانون.

هذا وقاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون تسرى أيضا علـــى السـلطة القضائية ، وكذلك السلطة التنفيذية حيث يفترض فى القاضى العلم بالقانون كمـــا ينبغى على السلطة التنفيذية عندما تصدر قراراتها أن تكون هذه القرارات متفقـــه مع القانون ، وإلا كانت عرضة للإلغاء ، حيث لا يقبـل منـــه الاحتجـــاج بجهلـــه القانون، لأنه لو أبيح ذلك لأي أحد ، لانتشرت الفوضى وســـاد الاضطـــراب فـــى المجتمع[2].

مبررات هذه القاعـــــدة:

وقاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون مؤسسة على مقتضيات عمليـــة هى وجوب تطبيق القانون دون هوادة، لأنه لو فتحنا باب الاعتذار بالجهل بالقانون لأدى ذلك إلى عدم تطبيقه على غالبية الأفراد ، فالقليل منهم هو الذى يعرف أحكام القانون وقواعده ، وقد يشفع للأخذ بهذه القاعدة فوق ما تحظى به من أهميـــة ، أنها فى الغالب يقتصر تطبيقها على قانون العقوبات ، كمـــا أن معظـم الجرائـم الواردة فيه تحرمها الأخلاق ، فهى تعتبر من المعلوم للناس بالضرورة[3]، وحتـى لا تضيع عمومية القانون ويختل مبدأ المساواة بين الناس أمامه[4].

---

(1) د. جمال الدين العاقل – ص ١٥٣، د. عبد المنعم البدراوى – ص ١٣٢.

(2) د. جمال الدين العاقل – ص ١٥٤.

(3) المرجع نفسه.

(4) د. عبد المنعم البدراوى – السابق.

نطاق تطبيق المبـــدأ:

وتطبيق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ليس على إطلاقه، وإنما هو مقيد بمجموعة من الاستثناءات التي ترد عليه، وهي كما يلي:

(١) حالة القوة القاهــرة:

تعتبر حالة القوة القاهرة واحدة من الاستثناءات الواردة على المبدأ ويقصد بالقوة القاهرة هنا، قيام ما يحول دون وصول العلم بالقانون إلى المخاطبين بـــه ، فإذا وجدت ظروف مادية قاهرة تمنع هذا العلم كزلزال أو حرب أو مرض وبـــائي، أدى إلى عزل منطقة من مناطق لإقليم الدولة يكون للأفراد المعزولين الحق فـــي التمسك والاحتجاج بعدم علمهم بأحكام القانون، ومن العدل والإنصاف أن يعـــذروا بسبب ذلك الظرف القاهر.

وكذلك لو قام جيش من العدو بمحاصرة مكان فأدى هذا الحصار إلى عـــدم علم الأشخاص الموجودين داخله بالقانون ، فإن لهؤلاء الأشـــخاص أن يتمســـكوا بعدم العلم بالقانون، ويعذروا بذلك[١].

(٢) الغلط في القانـــــون:

في المسائل غير الجنائية يمكن للأشخاص الاحتجاج بالغلط في القـــانون ، عملا بالمادة (١٢٢) من القانون المدني المصري، التي تقضي بجواز إبطال العقد إذا كان الدافع إليه الغلط في القانون، ومثال ذلك أن يقوم وارث ببيع نصيبه فـــي التركة اعتقادا منه أنه الربع ، وهو في حقيقته النصف، فهنا يحق للوارث المطالبة بإبطال البيع للغلط الذي وقع فيه.

وكذلك الأمر بالنسبة لمن تصالح مع قريب له على أنه وارث، فاتضح أنـــه غير وارث شرعا، ويرى بعض الفقهاء الاستناد إلى أن المشرع إنما أجاز التمسك بالغلط في القانون للوصول إلى أن الجهل بالقانون يعتبر عذرا ، قول غير صحيح ، لأنه يخلط بين الجهل بالقانون والغلط فيه.

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ١٣٣، د. جمال الدين العاقل – ص ١٥٧.

وكذلك تستثنى من هذه القاعدة حالة الجهل بقوانين غير جنائية حيث تمنع المسئولية الجنائية إذا كانت العقوبة مؤسسة عليها ، والقضاء والفقه فى فرنسا مستقر على ذلك وبناء عليه فقد حكمت محكمة باريس ببراءة من استولى على كنز موجود فى أرض غيره جاهلا أن نصيبه النصف فقط ، ولا يعد هذا خروجا على المبدأ القائل بعدم جواز الاحتجاج بالجهل بالقانون فمن عثر على الكنز فى أرض مملوكة لغيره لا يعاقب لعدم توافر القصد الجنائى لديه ، وهو ركن من أركان الجريمة[1].

ويلاحظ – أيضا – أنه فى المسائل غير الجنائية قرر المشرع المصرى إعفاء الموظف العمومى من المسئولية المدنية إذا ارتكب فعلا غير مشروع وكان يعتقد مشروعيته ، إذا كان هذا الاعتقاد مبنيا على أسباب معقولة[2].

(٣) فى المسائل الجنائية:

كما قرر المشرع – أيضا – إعفاء الموظف العمومى من العقوبة الجنائية عملا بالمادة (٦٣) من قانون العقوبات، وذلك إذا ارتكب الفعل تنفيذا لأمر رئيسه، أو اعتقد أن إجراء الفعل من اختصاصه، وعلى الموظف أن يثبت ذلك، وأنه كان يعتقد – بناء على أسباب معقولة – مشروعيته.

والخلاصة أن قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون تمثل مبدأ عاما يصدق على كل القواعد القانونية أيا كان مصدرها ، وسواء كانت آمرة أو مكملة، عرفية كانت أو دينية[3].

ويلاحظ أن الاستثناء الخاص بالقوة القاهرة ، يكون محددا بمدة معينة وهى التى توجد فيها حالة القوة القاهرة ، فإذا زالت زال الاستثناء، كما أن هذا

---

(١) د. جمال الدين العاقل – ص ١٥٨.

(٢) مادة ١٦٧ مدنى مصرى.

(٣) د. عبد المنعم البدراوى – ص ١٣٣.

الاستثناء قاصر على القواعد التشريعية لأنها وحدها التى تنشر فى الجريدة الرسمية، وتعتبر معلومة للناس بعد نشرها فى هذه الجريدة[1].

وفى النهاية يلاحظ أن هذا المبدأ يتوجه للقاضى وللأفراد جميعا ، لأن القاضى يفترض فيه العلم بالقانون، ويلتزم بتطبيقه من تلقاء نفسه وعليه أن يتحرى عنه، ويعمل حكمه بنفسه، دون حاجة إلى طلب بذلك من الخصوم، ودون أن يلزم أحد هؤلاء بإرشاده إلى نص القانون واجب التطبيق، حيث يفترض أن المحكمة تعرف القانون[2].

---

(1) د. جمال الدين العاقل – ص ١٥٩، وقارن ما ذهب إليه د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ١٣٢ وما بعدها، حيث يرى أن المبدأ يشمل جميع القواعد القانونية مهما كان مصدرها، وسواء كانت من قواعد القانون الخاص أو العام، وسواء أكانت عرفية أم دينية؛ وفى هذا المعنى: د. عبد الرازق فرج – ص ٥٨.

(2) د. عبد المنعم البدراوى – السابق.

المبحث الخامس

تفسير التشريع وإلغاؤه

المطلب الأول

تفسير التشريع ووسائله

عند تطبيق التشريع وإنزال حكمه على الواقع ، قد يكشف ذلك التطبيق عن وجود غموض في النص يقتضى فضه ، وبيان حقيقة المراد منه، كما يجب على القاضى قبل تطبيق التشريع أن يتفهم المراد به حتى يستطيع تطبيقه على ما يعرض عليه من منازعات؛ ويعرف التفسير بأنه: توضيح المراد بالنصوص الشرعية، أو الاستدلال على الحكم القانونى من نصوص التشريع، وهو يتحقق بتوضيح ما غمض من ألفاظ القانون وفض التعارض الذى قد يكون موجودا بين نصوصه ، واستكمال ما نقص من أحكامه.

تفسير النصوص القانونية وأنواعه:

وأنواع تفسير النصوص القانونية هى التفسير القضائى، والتفسير الفقهى، والتفسير التشريعى، ونبين مضمون هذه الأنواع فيما يلى:

(١) التفسير القضائى:

والتفسير بهذا المعنى هو عمل القضاء، يقوم به بمناسبة ما يعرض عليه من خصومات ، ومن ثم فإن التفسير عند القضاء ليس غاية فى ذاته، بل هو وسيلة يستخدمها بقصد الفصل فى المنازعات، ولذلك فإنه لا يقبل من أحد أن يرفع دعوى إلى القضاء طالبا تفسير نص من النصوص الغامضة. لأن التفسير فى العمل القضائى يعتبر شأنا قضائيا يستعمله القضاة عند الضرورة، ومن ثم فإن التفسير يجب أن يكون بمناسبة نزاع فعلى معروض على القضاء[١].

[١] د. عبد المنعم البدراوى – ص ١٤٠.

ويمتاز التفسير القضائى عن التفسير الفقهى بالطابع العملى، لأن القضاء يفسر القانون بمناسبة نزاع فعلى معروض عليه، وقضايا ينظرها، كما أنه يتأثر فى تفسيره بالضرورات والحاجات العملية.

(٢) التفسير الفقهى:

وأما التفسير الفقهى، فهو الذى يقوم به الفقهاء وشراح القانون مما نراه مبسوطا فى كتبهم ومؤلفاتهم، ويغلب على هذا التفسير طابع المنطق البحثى أكثر من مراعاته لمقتضيات الحياة العملية، لأن الفقيه لا تعرض عليه حالات واقعية يطلب منه الفصل فيها.

(٣) التفسير التشريعى:

وهو ذلك النوع من التفسير الذى يقوم به المشرع حين يجد غموضا يلف النص ، أو يقع فى تطبيقه من قصور المعنى ما يقتضى التوضيح، وقد يجد المشرع أن المحاكم قد فسرت قانونا (ما) على وجه يخالف الحقيقة ، أو يجافى فى ما يقصده من وراء سنه، وعندئذ يتدخل لتفسير هذا التشريع ويبين حقيقة قصده وبيان المراد منه.

ومثال ذلك ما حدث فى المرسوم بالقانون الصادر فى ١٩٣٥/٥/٢ بتفسير المرسوم الصادر فى ١٩١٤/٨/٢، الخاص بتقرير السعر الإلزامى لأوراق البنكنوت ، وبطلان شرط الدفع بالذهب، حيث ذهبت بعض الأحكام إلى بطلانه. وذهبت بعض الأحكام الأخرى إلى صحته، وذهبت طائفة ثالثة من الأحكام إلى التمييز بين المعاملات الداخلية وإبطال هذا الشرط فيها، والمعاملات الخارجية واعتبار هذا الشرط صحيحا فيها ، ولذلك أصدر المشرع المرسوم رقم (٥٥) لسنة ١٩٣٥ ، ليحسم به ذلك الخلاف الذى نشب بين الأحكام القضائية فى مسألة واحدة، هى شرط الدفع بالذهب، فأعلن أنه شرط باطل فى المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء، واعتبر هذا تفسيرا لمرسوم سنة ١٩١٤، الذى ورد عاما بدون تخصيص.

ومثل هذا التفسير التشريعي، أى الذى يفسر تشريعا سابقا لا يعتبر تشريعا جديدا أتى بحكم جديد. ولذلك فإنه يطبق على كل الوقائع التى حدثت منذ صدور التشريع الأول، فهو يعتبر كاشفا أى مظهرا لحقيقة المراد من ذلك التشريع[1].

والتفسير التشريعي؛ يصدر من نفس الهيئة التى أصدرته، ولكنه قد يعطى المشرع سلطة تفسير تشريع معين لهيئة أخرى غير الهيئة التى أصدرت التشريع، وهذا هو ما فعله القانون رقم (٢٦٤) لسنة ١٩٥٢ ، الذى أضاف إلى قانون الإصلاح الزراعى ، القانون رقم (١٧٨) لسنة ١٩٥٢ ، مادة جديدة رقم (١٤) مكررا ، تعطى الهيئة العليا للإصلاح الزراعى سلطة تفسير أحكام هذا القانون واعتبرت قراراتها فى هذا الشأن تشريعا ملزما، وتنشر هذه القرارات فى الجريدة الرسمية.

وقد أجاز قانون المحكمة العليا الصادر فى أول سبتمبر سنة ١٩٦٩ ، لوزير العدل أن يطلب إليها تفسير النصوص التى تستدعى ذلك بسبب طبيعتها ، أو أهميتها ، ضمانا لوحدة التطبيق ويكون قرارها الصادر بالتفسير ملزما، وبذلك لا تكون هناك حاجة للالتجاء إلى إصدار تشريعات تفسيرية أو إنشاء لجان لهذا الغرض.

حالات التفسير التشريعي:

ومما سبق يبدو أن التفسير قد يكون بنص جديد، فإذا وجد هذا النص ، فإن القاضى يقوم بتطبيقه وتنتهى بذلك مشكلات التفسير عنده، لكن يتبقى بعد ذلك حالات التفسير الواقعة على النص الموجود، حين لا يوجد نص آخر يفسره. وهنا ينبغى التفرقة بين حالتين:

(١) حالة النص السليم.

(٢) حالة النص المعيب.

وينبغى بيان التفسير الحاصل فى كل من هاتين الحالتين وهو كما يلى:

---

[1] المرجع نفسه – ص ١٤١.

الفرع الأول

تفسير النص السليم

إذا كان نص القانون واضحا فإنه يفهم فى هذه الحالة بمجرد فهم ألفاظـــه، ومن ثم فإنه لا يجوز للقاضى أن يترك حكم النص بدعوى أنه غير عــادل، أو لأن هناك حكما آخر فى نظره أعدل منه وأصلح، لأن حكم الشـــارع واجـــب الاتبـــاع، ووظيفة القاضى هى تطبيق التشريع، أما تعديله فهو من شأن المشـــرع، وكمـــا يقولون: فإن القانون هو القانون ولو كان قاسيا[1].

طريقة تفسير العبارات:

واستخلاص المعنى من عبارات النص يكون - أولا وقبل كل شيئ- عـــن طريق عبارته وألفاظه كما نطق بها، والنصوص لا يقتصر معناها على ما يفـــهم مباشرة من صيغته وعبارته، بل قد يدل على معنى آخر بطريق الإشارة أو بطريق الدلالة، وهو ما يفهم من روح النص[2]، وقد أرشدت إلى هذا المعنى فى تفســـير النصوص: المادة الأولى من التقنين المدنى المصرى حين قالت: "تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فـــى لفظـــها أو فـــى فحواها".

ومؤدى ذلك أنه لا يصح تفسير جميع أساليب التعبير، أن نقف عنـــد حـــد عبارتها، بل يجب استقصاء كل وجوه الدلالة التى تستفاد من روحها[3]، ســـواء كان ذلك من منطوق العبارة، أو من طريق ما تنطوى عليه من إشارة أو دلالة. إذ أن التفسير يجب أن يتوخى الكشف عن المعنى أو المعانى التى ينطـــوى عليـــها

---

(1) المرجع نفسه - ص ١٤٣.

(2) د. سليمان مرقس - الوافى فى شرح القانون المدنى - جـــ١ - ص ٣٤٠ - طبعة ١٩٨٧م.

(3) Del veccio G: lecons de philasophie du dfroit. Traduction Francaise. p.209. Paris. 1936.

النص[1]، مع الاستهداء فى مجال النصوص القانونية بالحكمة العامة للتشريع ومبادئ العدالة[2]، ولئن كان ذلك فى نطاق مجال تفسير النصوص التشريعية، إلا أنه كمبدأ عام يمكن أن يعالج تفسير النصوص ومدلول العبارات فى حدود إرادة قائلها[3]، ويمكن القول: إن تفسير العبارات فى فقه القانون يتخذ أسلوبين وفقاً لوجود عبارات المتحدث أو القائل.

أولهما: الوقوف عند إرادة المشرع الحقيقية:

فإن كانت عبارة النص واضحة فى صياغتها، ولا خفاء فى معناها، فإنها فى تلك الحالة تكشف فى يسر عن إرادة قائلها بمجرد تفسير العبارات تفسيرا لفظيا أو لغويا، مما يكاد يقتصر معه دور المفسر على الفهم اللفظى للنص؛ دون اجتهاد فى اختلاق معان غير تلك التى يحتملها اللفظ، وإن كان من النادر أن تأتى عبارات المتحدثين فى جميع صورها واضحة وضوحا لا تحتاج معه إلى تفسير، فقد يكون التعبير مبهما، أو ناقصا، وهنا يمكن اللجوء إلى عناصر خارجية لا تستمد من ألفاظه ، وإنما تستفاد من الظروف التى قيل فيها، أو الملابسات التى

---

[1] فى هذا المعنى: حكم النقض المدنى فى ٣٠/٥/١٩٨١، فى الطعن رقم ٦٣٢ لسنة ٤٦ق وهو ما يوافق الفقه الإسلامى، فى مبادئ تفسير النصوص بصفة عامة، راجع: د. محمد زكريا البرديسى - أصول الفقه - ص ٢١٤ - طبعة ١٩٥٩، عبد الوهاب خلاف - علم أصول الفقه - ص ١٠٢ - طبعة ١٩٤٢.

[2] د. سليمان مرقس - السابق - ص ٣٤١.

[3] ويعرف ذلك بالتفسير الموسع، حيث يطلق فى مقابل التفسير الضيق الذى يقف عند حد المعنى الحرفى الذى يفيده منطوق العبارة ، ويرى معظم الفقه أنه يجب أن يقتصر على هذا النوع من التفسير، فى إطار النصوص التجريمية، أو التعبيرات ذات الصيغة الآمرة. راجع:
Du pasquir: introduction a` la Théorie genèrale et a` la philosophie de droit. p.191. 1979.
وفى هذا المعنى: د. حسن كيرة - المدخل إلى القانون - ص ٤٠٧ - الطبعة السادسة ١٩٩٣ - منشأة المعارف بالإسكندرية، د. عبد الحى حجازى - المدخل لدراسة العلوم القانونية - ص ٣٥٤ وما بعدها - طبعة ١٩٦٦.

وافقت صدوره[1]، وفى هذه الحالة تتنوع وجوه الدلالة من خلال دلالة منطوق اللفظ إلى:

(١) عبارة النص:

ويراد بها: صيغته المكونة من مفرداته وجمله، والمراد بها فى هذا الخصوص ما يفهم من هذه الصيغة من معنى يتبادر إلى الذهن بمجرد فهم ألفاظها، فأى لفظ يتحدث به يمكن أن يستدل بوضوح من صياغته على ما يدل عليه معناه دلالة واضحة[2].

(٢) إشارة النص:

ويراد بإشارة النص: المعنى الذى لم يقصد المتحدث إليه من إيراد النص، ولكنه مع ذلك ملازم للنص لا ينفك عنه، فإشارة النص، هى دلالة على معنى التزامى لم يقصد من الكلام قصدا آليا، وهذا المعنى الملازم للنص هو معنى يحتاج إدراكه إلى شيئ من التأمل والنظر ، لعدم كونه المعنى المتبادر إلى الذهن بمجرد

---

(١) د. حسن كيرة: المرجع نفسه – ٤٠٣ وما بعدها، وراجع فى هذا المعنى: حكم النقض المدنى فى ١٩٧٠/٤/٧، مجموعة أحكام النقض ١٨-٥٧١-٨٩، وفى ١٩٧٢/٣/١٥ – المجموعة ٢١-٥٧٦، وفى ١٩٨٤/١/٩ – المجموعة ٢٥-١١٤-٢١، وفى ١٩٧٧/٤/٦ – المجموعة ٢٨-١٩٣٦-١٦٠، وراجع: حكم النقض المدنى فى ١٩٧٤/١٠/٢٩ – المجموعة ٢٥-١١٦٥-١٩٤، وفى ١٩٧٦/٣/١٤ – المجموعة ٢٧-٦١٧-١٢٣، وهذه الأحكام تفيد أنه فى حالة النص الواضح يجب على القاضى والمفسر التقيد به ولا يجوز الخروج على النص الصريح الجلى أو تأويله.

(٢) د. عبد المنعم البدراوى – المدخل للعلوم القانونية – ص ٢١٧ – دار النهضة العربية – ١٩٦٦م؛ د. أحمد سلامة – المدخل لدراسة القانون – ص ٢٠٢، دار النهضة العربية – طبعة ١٩٧٤م؛ د. رمضان أبو السعود – المدخل إلى القانون – ص ٢٠٨ – دار الثقافة الجامعية ١٩٨٥، د. توفيق حسن فرج – المدخل للعلوم القانونية – ص ١٦٠ – دار الثقافة الجامعية ١٩٩٢، د. عبد الرشيد مأمون – المدخل للعلوم القانونية – ص ١٦٦ – دار النهضة العربية ١٩٨٢، د. جميل الشرقاوى – دروس فى أصول القانون – ص ٢٠٤ وما بعدها – طبعة ١٩٧١، د. سليمان مرقس – السابق – ص ٣٤٢ وما بعدها، د. منصور مصطفى منصور – المدخل للعلوم القانونية – ص ٣٠٨ – طبعة ١٩٧٠، د. عبد الحى حجازى – السابق – ص ٣٥٧ وما بعدها، د. محمود جمال الدين زكى – دروس فى مقدمة الدراسات القانونية – ص ٢٥٤ – الطبعة الثانية.

قراءة العبارة أو سماعها، ولذلك سميت دلالة النص على هذا المعنى البعيد: "إشارة النص"، على حين سميت دلالة النص على المعنى المتبادر القريب: "عبارة النص".

وهذه الدلالة قد تكون ظاهرة يمكن فهمها بأدنى تأمل، وقد تكون خفية يحتاج فهمها إلى دقة نظر وزيادة تأمل، ولهذا كانت محل اختلاف كبير بين المجتهدين، فقد يفطن بعضهم إلى ما لا يفطن له غيره، فيأخذ من العبارة الواحدة الكثير من الأحكام[1].

هذا ؛ ويجب الاحتياط فى الاستدلال بطريق الإشارة، وقصره على ما يكون لازما لمعنى من معانى النص لزوما لا فكاك له، لأن هذا هو الذى يكون النص دالا عليه، إذ الدال على الملزوم دال على لازمه، وأما تحميل النص بمعانى بعيدة، لا تلازم بينها وبين معنى فيه، بزعم أنها إشارية، فهذا شطط فى فهم النصوص، وليس هو المراد بدلالة الإشارة[2].

(٣) دلالة اقتضاء النص:

ويراد بدلالة الاقتضاء أو المقتضى، دلالة الكلام على مسكوت عنه، يتوقف عليه صدق الكلام، ويفترض هذا أن صيغة النص ليس فيها لفظ يدل عليه. ولكن صحة هذه الصيغة واستقامة معناها تقتضى هذا اللفظ، ومن ذلك قول الله تعالى: (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم)[3]، أى زواج، وقوله تعالى: (حرمت عليكم

---

[1] د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ٢١٨، د. رمضان أبو السعود – السابق، د. توفيق فرج – السابق، د. جميل الشرقاوى – السابق – ص ٢٠٤ وما بعدها، د. منصور مصطفى منصور – السابق – ص ٣٠٩، د. جمال الدين زكى – السابق، د. أحمد سلامة – السابق – ص ٢٠٣.

[2] د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ٢١٩، د. رمضان أبو السعود – السابق، د. جمال الدين زكى – السابق، د. سليمان مرقس – ص ٣٤٤.

[3] سورة النساء – الآية ٢٣.

الميتة)[1]، أى أكل، فلفظ الزواج فى الآية الأولى، والأكل فى الآية الثانيـــة، ممـــا تقتضيهما صحة الصيغة واستقامتها[2].

ثانيهما: اللجوء إلى الإرادة المفترضة للمشرع:

إذا لم يمكن الوقوف على إرادة المشرع الحقيقة من خلال طرق التفســـير السابقة، فإنه لن يكون هناك مناص من البحث عن الإرادة المفترضة للمشرع مـــن خلال الاستنتاج المنطقى[3]، ويمكن فى تلك الحالة اللجوء إلى دلالة المفهوم.

معنى المفهوم وأنواعه:

ويقصد بالمفهوم دلالة اللفظ على حكم شيئ لم يذكر فى الكلام، وهى تـــأتى فى إطار دلالة النص، والمفهوم ينقسم إلى مفهوم الموافقة، ومفهوم المخالفة.

(١) مفهوم الموافقـــــة:

ومفهوم الموافقة يسمى: (دلالة النص)، أو (فحوى الخطاب)؛ أى مقصـــده ومرماه، ويقصد به دلالة النص على ثبوت حكم المنصوص عليه، للمسكوت عنه، بواسطة علة الحكم التى يمكن فهمها بمجرد فهم اللغة، من غير حاجة إلى الاجتهاد والرأى، فهو الحكم الذى يفهم من روح النص وموضوعه.

فالنص قد يدل بلفظه وعبارته على حكم معين، لعلة استوجبت هذا الحكـــم، ولا يتوقف فهم هذه العلة على الاجتهاد والرأى، بل يفهمها كل من يعرف الألفـــاظ ومعانيها، فإذا وجدت حالة لا يتناولها هذا النص بمنطوقه، ولكنها تشـــترك مـــع الحالة المنصوص عليها فى العلة التى استوجبت الحكم فى المنصوص عليه، وفى هذه الحالة نثبت نفس الحكم للحالة المسكوت عنها، وذلك سواء كـــان المســـكوت

---

(١) سورة المائدة – الآية ٣.

(٢) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٢١٩ وما بعدها، د. منصور مصطفى منصـــور – الســـابق – ص ٣١٠، د. عبد الرشيد مأمون – السابق – ص ١٦٨، د. رمضان أبو الســـعود – الســـابق – ص ٢٠٩ وما بعدها.

(٣) د. حسن كيرة – السابق – ص ٤٠٤ وما بعدها، د. أحمد سلامة – السابق – ص ٢٠٤.

عنه مساويا للمنصوص عليه فى العلة، أو كانت العلة متوافرة فيه بشكل أقوى، ويسمى: مفهوم الموافقة، أو "القياس الجلى"[1]، فى الحالة الأولى، والقياس الأولوى، أو المفهوم من "باب أولى"[2]، فى الحالة الثانية[3].

ومن أمثلة القياس المساوى: قول الله تعالى: (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة)[4]، الآية، فإنها تدل بمفهومها الموافق على أن الرجل كالمرأة فى حكم القذف.

ومن أمثلة القياس الأولوى: قول الله تعالى: (إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما)[5]، الآية، حيث حرمت مجرد أن يقول الولد لأحد أبويه: "أف"، التى تدل على التضجر من تصرف صدر منهما نحوه، وهى تفيد تحريم السب والضرب من باب أولى[6].

(٢) مفهوم المخالفة:

ويقصد بمفهوم المخالفة: دلالة اللفظ على مخالفة حكم المسكوت عنه لحكم المنطوق، وذلك لانتفاء قيد من القيود المعتبرة فى هذا الحكم[7]، ومن أمثلة

---

(1) a pari

(2) a fortiori

(3) د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ٢٢١، د. عبد الحى حجازى – السابق – ص ٣٥٩ وما بعدها، د. توفيق فرج – السابق – ص ١٦٢، د. عبد الرشيد مأمون – السابق – ص ١٦٨، د. منصور مصطفى منصور – السابق – ص ٣١١ وما بعدها، د. جمال الدين زكى – السابق – ص ٢٥٧، د. حسن كيرة – السابق – ص ٥٥٤، د. سليمان مرقس – ص ٣٤٦ وما بعدها، د. أحمد سلامة – ص ٢٠٤ وما بعدها.

(4) سورة النور – الآية ٤.

(5) سورة الإسراء – الآية ٢٣.

(6) د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ٢٢١ وما بعدها.

(7) د. عبد الحى حجازى – السابق – ص ٣٥٩ وما بعدها، د. توفيق فرج – السابق – ص ١٦٣ وما بعدها، د. عبد الرشيد مأمون – السابق – ص ١٦٩، د. منصور مصطفى منصور – السابق – ص ٣١٤ وما بعدها، د. جمال الدين زكى – السابق – ص ٢٥٨ وما بعدها، والدكتور عبد

هذا النوع من الدلالة ما تقضى به المادة (٤٦٦) مدنى ، من أنه: "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه جاز للمشترى أن يطلب إبطال البيع"، والمفهوم المخالف لهذا النص إن بيع الشيئ غير المعين بالذات ليس قابلا للإبطال.

كما نصت المادة (٤٣٧) مدنى ، على أنه: "إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، فسخ البيع واسترد المشترى الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشترى لتسليم المبيع"، ويستفاد من هذا النص بمفهوم المخالفة: أنه إذا هلك المبيع بعد التسليم، أو هلك بعد إعذار المشترى لتسلم المبيع، لا ينفسخ البيع ولا يسترد المشترى الثمن.

أحكام هذه الدلالات:

والدلالات السابقة، سواء من دلالة المنطوق، أو دلالة المفهوم تفيد الحكم الثابت بها، ويكون النص حجة على هذا الحكم، ولكنها متفاوتة فى قوة الدلالة ، فعبارة النص أقوى من الإشارة، لأن الأولى تدل على المعنى المقصود بسياق النص ، والثانية تدل على معنى غير مقصود بالسياق.

وكذلك فإن الإشارة أقوى من المفهوم (الدلالة)، لأن الأولى تدل على المعنى بنفس اللفظ وصيغته، والثانية تدل على الحكم بمعقول النص ومفهومه. ويظهر هذا التفاوت فى القوة عند التعارض، فإذا تعارض الحكم الثابت من العبارة مع الحكم الثابت بالإشارة، ترجح الأول على الثانى[1].

ويلاحظ أن ما قرره فقه القانون فى مجال تفسير النصوص ، لا يبعد كثيرا عما قرره علماء الأصول فى الشريعة الإسلامية، وربما كان هو الأصل لما انتهى إليه فقه القانون.

= الرازق السنهورى، والدكتور حشمت أبو ستيت – أصول القانون ص – ٢٤٧ – طبعة ١٩٥٠م، د. حسن كيرة – السابق – ص ١٠٦، د. سليمان مرقس – السابق – ص ٣٤٧ وما بعدها. د. عبد المنعم البدراوي – السابق – ص ٢٢٤.

الفرع الثانى

النص المعيب وكيفية تفسيره

المقصد الأول

النص المعيب

قد يحدث أن يكون النص القانونى معيبا بأحد العيوب، وعندئذ يجب علـــى المفسر أن يصلح هذا العيب بطرق مختلفة، والعيوب التى قد تلحق النـــص هـــى: الخطأ المادى، والغموض، والنقص والتعارض.

(١) الخطأ المادى فى النص:

ويتحقق ذلك الخطأ فى حالة ما إذا وقع فى ألفاظ النص خطأ غير مقصــود، بأن جاءت به لفظة غير مقصودة، أو سها واضعوه عن ذكر شيئ فيه لا يســـتقيم الحكم إلا به، ومثال هذا الخطأ المادى، وما كانت تنص عليه المادة (١٠٣) مـــن القانون المدنى القديم ، فى تعريف الشرط الذى يعلق عليه الالتزام التعاقدى : بأنه أمر مستقبل (أو) غير محقق الوقوع، والصحيح أن الشرط أمر مستقبل (و) محقق الوقوع، فهنا يقوم المفسر بإصلاح هذا الخطأ ، لأنه واضح غـــير مقصـــود مـــن المشرع، ولأنه خطأ مادى لا يتعذر تصويبه بالنظر السليم.

(٢) غموض النص:

والغموض معناه أن يكون فى النص لفظ يحتمل أكثر من معنى. أو تحتمـــل عبارته فى جملتها معنيين أو أكثر، دون أن يكون أحدهما لفظيا والآخر اصطلاحيا. حيث يتعين فى هذه الحالة المصير إلى المعنـــى الاصطلاحى. لكـــن المقصـــود بالغموض هنا هو الخفاء الذى يحتاج إلى نظر وتأمل أو تفسير ومن ذلك الخفـــاء، والغموض والنقص والتعارض.

(أ) خفاء اللفظ فى النص:

يراد باللفظ الخفى: أنه الذى يدل على معناه دلالة ظاهرة، ولكن فى انطباق معناه على بعض الأفراد غموضا وخفاء لزيادة أو نقص فيها عن المعنى المعبر عنه باللفظ الأصلى، وهنا يثور التساؤل عن مدى تعلق الحكم القانونى بتلك الزيادة أو هذا النقصان؟، إن من أمثلة ذلك الخفاء؛ تطبيق مفهوم جريمة السرقة على سرقة التيار الكهربائى، وسبب ذلك أن المشرع عرف السرقة بأنها اختلاس المنقول المملوك للغير، والمقصود بالمنقول عادة هو الشيئ المادى الذى يمكن نقله من مكانه، فأثار تطبيق السرقة بالنسبة للتيار الكهربائى بعض الصعوبات فى تصنفه، وما إذا كان يعتبر منقولا أو لا يعتبر، وقد انتهت محكمة النقض إلى أنه يعتبر منقولا، لتوافر خصائص المنقول فيه، لأن له قيمة مالية، ويمكن ضبطه وحيازته، ونقله من حيز إلى آخر، ومتى كان كذلك يكون داخلا تحت لفظ المنقول الوارد فى المادة (٣١١) عقوبات، ولا محل لإخراج اختلاسها من حكم السرقة[١].

ومن الخفاء أيضا ما ثار فى جريمة التزوير من تساؤل حول الموظف، الذى يغفل عمدا إثبات ما كان يجب إثباته فى المحرر، كالمحصل الذى يغفل قيد بعض ما يحصله من النقود بقصد اختلاسها. فهل يعتبر هذا تزويرا؟.

إن مرجع الخفاء فى ذلك يتمثل فى أن المشرع نص على الطرق التى يقع بها التزوير، ومنها جعل واقعة مزورة فى صورة واقعة صحيحة، فالمعنى المتبادر إلى الذهن هو أن يثبت الموظف فى المحرر بيانات غير صحيحة، أو على خلاف الواقع. وفى المثال الذى معنا لم يقم بإثبات شيئ فى المحرر، بل تعمد عدم الإثبات لواقعة معينة فيه فهل يدخل فعله السلبى هذا فى صورة جعل واقعة مزورة فى صورة صحيحة؟. قد يقال: إن الترك لا يعتبر تغييرا للحقيقة، لأن التغيير يقتضى عملا إيجابيا من جانب مرتكبه، والذى ترك شيئا كان يجب إثباته لا يأتى شيئا من

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ١٥٠.

ذلك، ولكن محكمة النقض أدخلته في مدلول جريمة التزوير، لأن الترك يؤدى إلى التغيير في مجموع حقيقة المحرر، وبالتالى يعتبر تزويرا معاقبا عليه[1].

(ب) اللفظ المشكل:

والمراد باللفظ المشكل: هو الذى لا يدل بصيغته على المراد منه، وإنما لابد من قرينة خارجية تحدد ما يراد منه، أو هو اللفظ الموضوع لأكثر من معنى واحد، أو استعمل في غير معناه، لمعنى مجازى اشتهر به، وليس في صنعته دلالة على تعيين معنى لما وضع له، فلابد من قرينة خارجية تعينه.

وطريقة إزالة هذا الإشكال تتمثل في الاجتهاد من خلال القرائن والأدلة حتى يزول؛ ومن ذلك لفظ الليل، الذى جعله المشرع ظرفا مشددا لعقوبة السرقة في المادة (٣١٣) عقوبات، فلم يرد في التشريع تعريف الليل، إذ قد يراد به الليل بمعناه الفلكى المحدد بغروب الشمس وشروقها، وقد يراد به الفترة التى يسود فيها الظلام فعلا، وهذا المعنى الأخير هو الذى أخذت به أحكام القضاء في أول الأمر ، لأنه الفترة التى تتوافر فيها حكمة التشديد، نظرا لما يبعثه في نفس الناس من رهبة، وما يهيئه الظلام للجانى من تسهيل ارتكاب الجريمة[2].

لكنها عادت، وأخذت بالمعنى الفلكى لليل[3]، وتوجهها هنا توجه رشيد وذلك لبسط مزيد من الحماية على أموال الناس من الجريمة. وتشديد العقوبة على السارقين.

(ج) اللفظ المجمل:

واللفظ المجمل هو الذى لا يدل بصيغته على المراد منه. ولا توجد قرائن لفظية، أو قرائن حال تكشف عن حقيقته، ولذلك فإنه يكون من الصعب بيان المراد

---

(١) نقض ١٩٥٣/٢/٤ – مجموعة عمر – جـ٣ – رقم ٣٢٨ – ص ٤١٨، ونقض ١٩٥٠/٤/١٠ – مجموعة أحكام النقض س٢ – ص ٩٣٦ – رقم ٣٤٦.

(٢) نقض ١٩١٠/١/٢٢، المجموعة الرسمية ١١-١٢، وفي ١٩١٥/٦/٢٦، المجموعة الرسمية ١٧-٣٥ مشار إليهما في د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ١٥١.

(٣) نقض ١٩٤٨/١/١٦ – مجموعة عمر – جـ٥ – رقم ٤٨٣ – ص ٤٤٦.

باللفظ المجمل، لأن الطريق إلى بيانه وإزالة إجماله وتفسير المراد منه. هو الشارع نفسه، والشارع قد يبينه بشكل واف، وعندئذ يكون الأمر سهلا. وقد يبينه بشكل غير واف ، وعندئذ ينتقل المجمل إلى بيان الشكل فيتعين فهم المراد به بالاجتهاد.

ومن أمثلة ذلك: اصطلاح (الأحوال الشخصية) الذى كان واردا في المادة (١٦) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية. حيث كان تحديد ما يدخل ضمن هذا الاصطلاح مثار خلاف بين جهات القضاء المصرى حتى قام المشرع بتفسيره.

(د) النقص في عبارة النص:

وقد يكون العيب كامنا فى ورود عبارات النص ناقصة. بحيث لا يمكن أن يفهم حكمها ومعناها إلا بتكملة عباراتها. وعندئذ ينبغي على المفسر أن يكمل هذا النص مستهديا في ذلك بقصد الشارع.

ومن ذلك ما كانت تنص عليه المادة (١٥١) مدنى قديم. من أن: كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر". حيث لم يقصد المشرع بذلك مساءلة الفاعل الذى يصيب غيره بضرر مطلقا. وإنما يقصد أن يكون سببه فعلا خاطئا، فالمراد هو الخطأ، وليس مجرد الفعل. ولهذا تدارك المشرع ذلك النقص في المادة ١٦٣ من القانون المدنى الجديد ، ونص على أن : كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم فاعله بالتعويض .

وقد كانت المادة (٧٦) من القانون المدنى القديم تنص على التقادم المكسب القصير المدة الذى يتم بالحيازة خمس سنوات، واشترطت فيه الحيازة . والسبب الصحيح فقط . ولم تذكر شرط حسن نية الحائز، ولكن القضاء والفقه أكملا هذا النقص . واشترطا حسن النية لتطبيق التقادم الخمسى[١].

---

(١) د. [illegible] - مرجع سابق - ص ١٥٢.

(هـ) تعارض النصوص:

ومن صور عيوب النص، تعارضه مع نص آخر، سواء وجد هذا التعارض بين نصوص تشريع واحد، أو بينها وبين نصوص تشريع آخر، وفي هذه الحالة يفض التعارض بمراعاة النص الأقوى والأبقى، فإذا كان التعارض بين تشريعين متلاحقين، يكون التالي منهما ناسخا للسابق، حيث ينسخ الحديث القديم، وإذا كان التعارض بين نصوص تشريع غير متساوية في القوة يقدم الأقوى عملا بمبدأ تدرج التشريع، وإذا كان التعارض واردا بين نصوص تشريع واحد، أو نصوص تشريعات متساوية في القوة، وجب اتباع قواعد الاستدلال، فتقدم دلالة العبارة على الإشارة، كما تقدم دلالة الإشارة على الدلالة (المفهوم). وفي جميع الأحوال يجب على المفسر أن يبذل جهده في التوفيق بين النصوص المتعارضة مستعينا في ذلك بوسائل التفسير المختلفة.

المقصد الثاني

كيفية تفسير النص المعيب

إذا وجد في النص عيب من العيوب السابقة. فكيف يتم تفسيره وكشف النقاب عن حقيقته؟.

إن وسيلة ذلك تتمثل في تعين القصد الحقيقي للمشرع من خلال وسائل معينة ، منها : تقريب النصوص ، والرجوع إلى الأعمال التحضيرية . والاستعانة بالمصادر التاريخية. ثم البحث عن حكمة التشريع ، ونبين ذلك فيما يلي:

(١) تقريب النصوص:

إن وسيلة تقريب النصوص من وسائل تفسير النص المعيب. إذ من خلال تلك المقاربة بين النصوص التشريعية تتحقق المقارنة التي يمكن أن يبرز من خلالها المعنى الصحيح، لأن النصوص التشريعية يكمل بعضها بعضا. فيخصص بعضها ما جاء عاما، ويفسر ما كان مجملا، وبعضها يقيد مطلق بعضها. كما أن منها ما ينسخ الآخر.

(٢) الأعمال التحضيرية:

الأعمال التحضيرية : هي مجموعة الوثائق الرسمية التي تلت أو صاحبت صدور التشريع، ومن قبيل ذلك : المذكرات التفسيرية : أو الإيضاحية التي تصاحب التشريع عند صدوره أو عند تقديمه كمشروع اقتراح إلى المجلس التشريعي. ومناقشات مجلس الشعب ولجانه. وأعمال اللجان الفنية التي أعدت مشروع التشريع. فهذه الوثائق كلها تفيد المفسر في الكشف عن قصد المشرع حين يكون النص غامضا، أو يقوم تناقض بينه وبين غيره من النصوص. بل إن هذه الأعمال قد تفيدنا أحيانا في تعريف حكم ما سكت عنه التشريع.

ويلاحظ أن تلك الأعمال التحضيرية رغم أهميتها في تفسير النص المعيب إلا أنها لا ترتفع إلى مرتبة التشريع ولا تعد جزءا منه أو مكملة له، ومن ثم فإن ما يرد فيها لا يعد ملزما للقاضي متى وجد أن النص لا يمكن أن يتمشى معه . مع المذكرة الإيضاحية للقانون، لأن ذلك قد يكون من قبيل الاجتهاد الشخصي من جانب واضعيها، وهو اجتهاد قد يكون غير موفق في بعض الأحيان، وقد تستطرد في بيان أحكام معينة لم تجئ بها نصوص التشريع نفسه ، فيعتبر ذلك تزيدا من واضعيها ، ولهذا كله يجب مراعاة الحذر الشديد عند الاستعانة بالأعمال التحضيرية.

(٣) المصادر التاريخية:

والمصدر التاريخي هو المصدر الذي استقى منه المشرع نصه من التشريع. والرجوع إلى المصدر التاريخي يساعدنا في كثير من الأحوال على معرفة قصد المشرع من النصوص: فيمكن الاستعانة به في كشف الغموض ، وتكملة النقص ، ورفع التعارض بين النصوص التشريعية، وهذا ما يفسر لنا كثرة استعانة القضاء والفقه في مصر في ظل المجموعة المدنية القديمة، بنصوص القانون الفرنسي على اعتبار أن هذا القانون كان هو المصدر التاريخي لتلك المجموعة. ومن ثم يجب الرجوع إلى التقنينات المختلفة التي استقى واضعوا المجموعة منها بعض النصوص، كما يجب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية لتفسير النصوص المستقاة منها.

(٤) حكمة التشريع:

كما يستعين المفسر أيضا بحكمة التشريع في سبيل فهم المقصود بالنصوص التشريعية وتكملتها وسد ما بها من نقص أو قصور .

ويقصد بحكمة التشريع تلك الفلسفة العامة التي يراد تحقيقها من خلال سنه، أو الدافع الباعث عليه. ذلك أن المشرع إنما قصد من وراء التشريع تحقيق مصلحة تعود على الأفراد والمجتمع، فحكمة التشريع - إذن - تتمثل في تحقيق تلك

المصلحة التي قد تكون مصلحة اقتصادية أو اجتماعية ، أو سياسية أو خلقيـــة ، يرمي المشرع إلى تحقيقها من وراء النص.

ومعرفة هذه المقاصد من أهم ما يستعان به على فهم النصوص وتطبيقـــها على وجه الوقائع ، لأن دلالة الألفاظ والعبارات على المعاني قد تحتمل أكثر مـــن وجه، والذي يرجح وجها من هذه الوجوه على غيره هو الوقوف علـــى مقـــاصد الشارع من التشريع، ولأن الأدلة الجزئية قد يتعارض بعضها من بعض في ظـــاهر الأمر، فيحتاج إلى التوفيق بينها ومعرفة ما يعمل به منها وما لا يعمل به. كما أن بعض التفصيلات التي توجد قد لا تتناولها عبارات النصوص التشريعية، وتدعـــو الحاجة فيها إلى معرفة الحكم بطريق القياس أو غيره ، وذلك لا يتأتى إلا من خلال فهم مقاصد التشريع العامة[1]، لكن ذلك ينبغي أن يكون في حالة النص المعيـــب. أما إذا كان النص سليما، فإنه لا يجوز الخروج عليه بمقولة: إننا نهتدي بحكمـــة التشريع.

---

[1] د. محمد أحمد الدرازي – ص ١٥٦.

المطلب الثاني

إلغاء النص التشريعي

الإلغاء لغةً: الإبطال والمحو والإسقاط، يقال: ألغى الشيء أبطله . وألغى من العدد كذا، أي أسقطه. وهو في الاصطلاح: إبطال الحكم بالتشريع ورفع قوته الملزمة، سواء أكان ذلك باستبدال نصوص أخرى بنصوصه . أو إبطال مفعوله دون سن تشريع جديد يحل محله، ويسمى عند فقهاء الشريعة بالنسخ.

والسلطة التي تملك الإلغاء، هي تلك التي سنته. وقد تكون سلطة أعلى منها، لأن الأعلى يملك الأدنى ولا عكس، ولأن النسخ لا يكون إلا بالأقوى أو بالمساوي.

وبناء على مبدأ تدرج التشريعات، نجد أن التشريع الادنى يتقيد بالتشريع الأعلى ولا يجوز أن يخالفه ، والعكس غير صحيح. وكذلك فإن التشريع بعكس ـ يلغي التشريع الأدنى منه مرتبة والعكس غير صحيح. وعلى ذلك فإن التشريع الأساسي لا يلغى إلا بنظيره وهو الدستور، والتشريع العادي لا يلغى إلا بنظيره أو ما هو أعلى منه وهو الدستور، وكذلك فإن التشريع العادي يلغى بتشريع مماثل له. أو تشريع عادي أو دستور، ولكن لا يصح أن تصدر لائحة تلغي أو تعدل من أحكام القانون العادي أو الدستور(١).

والإلغاء قد يكون صريحا، وقد يكون ضمنيا. وقد نصت المادة الثانية من التقنين المدني المصري على نوعي الإلغاء المذكورين بقولها: "لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، أو يشتمل على نص

---

(١) د. سليمان مرقس – ص ٩٣، د. عبد المنعم البدراوي – ص ١٣٤، د. شمس الدين الوكيل – فقرة ١٣١، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٧٧، د. أحمد سلامة – فقرة ١٣١، د. عبد الباقي حسن فرج – ص ١٠٤ وما بعدها، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ١٢٨، د. جمال الدين العاقل – ص ١٩٩.

يتعارض مع نص التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع"، ونبين نوعى الإلغاء:

أولا: الإلغاء الصريح:

يتحقق الإلغاء الصريح فى حالة ورود نص فى التشريع اللاحق يقضى صراحة بإلغاء العمل بحكم قاعدة قانونية سابقة عليه. ومن أمثلة الإلغاء الصريح ما نصت عليه المادة الثانية من القانون رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، بشأن إصدار القانون المدنى الحالى بقولها : "يلغى العمل بالقانون المدنى المعمول به أمام المحاكم الوطنية، والصادر فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٨٣ ، والقانون المدنى المعمول به أمام المحاكم المختلطة، والصادر فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٨٧٥، ويستعاض عنهما بالقانون المدنى المرافق لهذا القانون"، وهنا نجد أن المشرع قد نص صراحة على إلغاء القانون السابق، وإحلال قانون آخر محله[1].

وقد ينص التشريع الجديد على إلغاء بعض القواعد القانونية للتشريع السابق أو على إلغاء قاعدة معينة، كما ينص على أنه يلغى كل ما يخالف هذا التشريع، ومن ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩: "عدا الكتاب السابع من الباب الأول الخاص بالمعارضة، والمواد من ٨٦٨ إلى ١٠٣٢ من الكتاب الرابع . الخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية، كما يلغى الباب الخاص بحالات النقض واجراءات الطعن، أمام محكمة النقض، ويستعاض عن النصوص الملغاة، بنصوص القانون المرفق، كما يلغى كل نص آخر يخالف أحكامه[2].

---

[1] د. جميل الشرقاوى – ص ٤٢١، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٧٩، د. عبد الحى حجازى – فقرة ٢٧٩، د. حسن كيرة – ص ١٨٠، د. شمس الدين الوكيل – فقرة ١٣٥، د. سليمان مرقس – ١٣٠، د. عبد الرازق فرج – ص ١٠٧.

[2] د. عبد الرازق فرج – ص ١٠٨.

ومن قبيل الإلغاء الصريح - كذلك - انتهاء الأجل المحـــدد فـــي القـــانون لسريان التشريع، وقد ينص في التشريع على العمل به إلى حين تحقق أمر معيـن، ومن أمثلة ذلك التشريعات المؤقتة بمدة معينة، أو بمناسبة محددة، كتلـــك التـــي تصدر في وقت الحرب، وينص فيها على أن يعمل بها في مدة الحرب فقط، وكذلك القوانين الخاصة بالتسعير الجبري الذي يسري في أوقات الأزمات الاقتصاديـــة. أو الأوامر العسكرية التي تصدر في فترة الأحكام العرفية.

فمثل هذه التشريعات تعتبر ملغاة بانتهاء الأجل أو الظروف المحـــددة لـــها دون حاجة إلى إصدار تشريع بإلغائها.

ثانيا: الإلغاء الضمني:

والإلغاء الضمني . هو الذي يفهم عقلا من وجود حكم في تشـــريع لاحـــق يعارض حكما موجودا في تشريع سابق، بحيث لا يمكن التوفيق بينهما إلا بإلغـــاء أحدهما، وعندئذ يعتبر اللاحق ناسخا والسابق منسوخا، فيلغى الســـابق، ويظـــل اللاحق.

وقد يكون الإلغاء الضمني - أيضا - بصدور قانون جديد ينظم الموضـــوع الذي سبق أن قرر قواعده تشريع سابق، وقد بينت هذا النوع من الإلغاء الضمني، بعد بيانها للإلغاء الصريح : المادة الثانية من التقنيـــن المدنـــي بقولـــها: "... أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم. أو ينظم من جديد الموضـــوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع"، ومن ثـــم يبـــدو أن للإلغـــاء الضمنـــي صورتين:

الأولى: هي التعارض بين التشريعين القديم والجديد.

والثانية: صدور تشريع جديد يتولى تنظيم الموضوع الذي كان ينظـــم القـــانون القديم، ويتعين بيان ذلك :

(١) التعارض بين التشريعين القديم والجديد:

إذا تعارض تشريعان قديم وجديد، تكون الغلبة للتشريع الجديد، لأن الشئ الجديد دائما له رونق ، ويكون الإلغاء من حظ التشريع القديم، إلا إذا تم التوفيق بينهما فلا يقع الإلغاء.

والتعارض الذى يقع بين التشريعين قد يكون تاما، أى شاملا لجميع الأحكام وعندئذ يكون الإلغاء كاملا، وقد يكون التعرض جزئيا وفى بعض الأحكام، وعندئذ لا يلغى من التشريع القديم ، إلا الأحكام المتعارضة مع التشريع الجديد فقط ، وتظل سائر أحكامه سارية.

صور التعارض بين التشريعين القديم والجديد:

والتعارض بين التشريعين القديم والجديد قد يتخذ الصور الآتية:

(أ) قد يقع الإلغاء بسبب التعارض إذا كان التشريع الجديد قد تضمن حكما عاما يخالف حكما عاما فى التشريع السابق، أو كان يتضمن حكما خاصا يخالف حكما خاصا فيه ، وفى هاتين الحالتين ينسخ الجديد القديم، فالعام ينسخ بالعام، والخاص ينسخ بالخاص.

(ب) وقد يقع التعارض بين حكم عام فى القانون القديم، وحكم خاص فى القانون الجديد، وعندئذ يعتبر القانون الجديد ناسخا للقديم فى خصوص هذا الحكم. فالعام يشمل جميع الأفراد حتى يرد نص بالتخصيص فيكون العمل به، ويخرج حكمه من حكم العام.

ومن ذلك ما كانت تقضى به المادة (٤٥) من القانون المدنى القديم بقولها: "الملكية فى الأموال منقولة كانت أو ثابتة تنتقل بمجرد حصول العقد المتضمن التمليك، متى كان المال ملكا للمتصرف"، فلما صدر قانون التسجيل سنة ١٩٢٣، ونص على أن ملكية العقارات لا تنتقل إلا بالتسجيل لا بمجرد التصرف. فكان ذلك بمثابة حكم خاص يتضمن إلغاء ضمنيا لنقل الملكية فى العقارات بمجرد العقد الثابت بعموم نص المادة (٤٥) من القانون المدنى القديم.

(ج) إذا كان التعارض واقعا بين حكم خاص في التشريع القديم، وحكم عـــام فـــي التشريع الجديد، فإن التشريع القديم يبقى معمولا به في هذه الحالة الخاصة. وذلك كاستثناء من المبدأ العام الذي أتى به التشريع الجديد، ما لم يكن التشريع الجديـــد قد نص صراحة على سريان حكمه في جميع الحالات[1].

ومثال ذلك: أن المادة (٢٠٤) من القانون المدني الصادر ســـنة ١٩٤٨ ـ رغم نصها على أن الملكية والحق العيني ينتقلان بمجرد الاتفاق، إلا أنها لا تعتبر ناسخة لقانون الشهر العقاري الصادر سنة ١٩٤٦، والذي يشترط شهر التصـــرف لانتقال الملكية في العقارات، فنص القانون المدني أتى بحكم عاد. أما أحكام قانون الشهر العقاري، فهي أحكام خاصة ومن ثم فإنها تبقى رغم صدور هذا القانون قبل المجموعة المدنية.

كما أن العمل بأحكام القانون المدني في عقد الإيجار سنة ١٩٩٦، لا ينفـــي الأحكام التي تتعلق بالامتداد القانوني وفقا للشروط المقررة في القوانين الســـابقة عليه.

(٢) صدور تشريع جديد لنفس الموضوع:

وقد يكون الإلغاء الضمني في صورة تشريع جديد ينظم نفـــس الموضـــوع الذي ينظمه القانون القديم، فإذا صدر قانون جديد، يتولى بالكامل تنظيم أمر مـــن الأمور كان ينظمه قانون سابق اعتبر ذلك القانون منسوخا جملة وتفصيلا. ولـــو انتفى التعارض بين نصوص هذا التشريع ونصوص التشريع الذي تلاه. وغالبا ما ينص التشريع اللاحق على إلغاء السابق، وحتى إذا لم يوجد هـــذا النـــص. فـــإن الإلغاء يكون قائما بدلالة الحال[2].

---

[1] د. عبد المنعم البدراوي – ص ١٣٧، د. حسن كيرة – ص ١٨٣، د. منصور مصطفى منصـــور – ص ١٧١، د. جميل الشرقاوي – ص ٢١٧، د. توفيق فرج – ص ٢٧٥، د. عبد [illegible] فـــرج – ص ١١٠، د. شمس الدين الوكيل – ص ٢٢٤، د. سليمان مرقس – ص ١٣١، د. عبـــد المنعم فرج الصدة – ص ١٨٧.

[2] المراجع السابقة.

ويلاحظ أن العرف وعدم الاستعمال لا يلغيان التشريع، لأن العرف أدنى مرتبة منه، وهو وإن كان يكمل التشريع لكنه لا ينسخه، وقد جرى على هذا نص المادة الأولى من القانون المدني في فقرتها الثانية، حيث تقول: "يطبق العرف إلا إذا لم يجد القاضي نصا تشريعيا يمكن تطبيقه"، وهذا يعني أن القاضي ملزم بالتشريع طالما وجده، فإذا لم يجده يلجأ للعرف، كما أن المادة الثانية صريحة في بيان ذلك، حيث تقرر أنه: "لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بنص تشريعي لاحق".

كما لا يجوز القول بسقوط التشريع بعدم الاستعمال مدة طويلة. لأن عدم الاستعمال يعني نشوء عرف سلبي مخالف للتشريع، وما دام العرف لا يلغي التشريع فإنه لا يسقط بعدم الاستعمال[1].

---

[1] في هذا المعنى: د. عبد المنعم البدراوي – ص ١٣٩

المبحث السادس

سريان القانون من حيث المكان والزمان

بعد أن تكتمل عناصر القاعدة القانونية وتستجمع مقومات وجودها ونفاذها على المخاطبين بأحكامها فإنها في تلك الحالة تكون واجبة النفاذ والسريان . وذلك يقتضي بيان نطاق تطبيق القواعد القانونية من حيث المكان ، وما إذا كان يسري على كافة الموجودين داخل الدولة . أم أنها تتبع المخاطبين بأحكامها ممن هم خارج الدولة كذلك ، كما يقتضي ذلك التطبيق تحديد نطاقه من حيث الزمان . وذلك ببيان الوقت الذي يبدأ فيه والوقائع التي يشملها . وعلى هذا فإن منطق الدراسة يقتضي تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

أولهما : لبيان سريان القانون من حيث المكان .

وثانيهما : لبيان سريان القانون من حيث المكان .

المطلب الأول

سريان القانون من حيث المكان

من المعلوم أن نطاق تطبيق القانون من حيث المكان يخضع لمبدأ إقليمية القانون . وهذا المبدأ يعني أن القانون يسري على جميع الأشخاص الموجودين داخل إقليم الدولة سواء كانوا مواطنين أم أجانب . كما يسري على كافة الوقائع القانونية التي تحدث على أرض الإقليم دون أن يتجاوز سريانه حدوده . ولا ينطبق على ما يقع في الخارج ولو كان من المواطنين [1] . وأساس ذلك التحديد المكاني بالحدود الجغرافية للدولة ، أن القانون يعتبر مظهراً من مظاهر سيادتها الخاصة على مواطنيها ، وهذه السيادة تقف عند حدود الإقليم حتى لا تتعدى على سيادة

---

(١) د. حسن النوري الوكيل – فقرة ١٢٧ ، د. عبد الرزاق فرج – ص ٩٧ .

دولة أخرى ، بيد أن هذا المبدأ وإن كان قد ساد في الماضي لانعزال الدول عن بعضها وتعذر اتصالها فيما بينها ، وللتشدد في الأخذ بفكرة السيادة التي دعت إلى التشدد في تطبيق القانون ، إلا أنه بعد يسر انتقال الأفراد ، وتحول الكرة الأرضية إلى قرية صغيرة ، جعل بمقدور الإنسان في أي مكان من أرض الله أن يقف في التو واللحظة على ما يقع في آخر أطراف الدنيا ، بل ويتخاطب مع الأفراد ويناجيهم ويتعاقد معهم بوسائل الاتصال الحديثة مما أدى إلى تشابك علاقات الدولة وتنامي المصالح ذات الروابط الأجنبية ، أضف إلى ذلك وجود التمثيل السياسي الذي يدعم ذلك التواصل ويحميه ، كل هذا أدى إلى الحد من إطلاق العمل بمبدأ السيادة ، خاصة على الأجانب الذين لم توضع لهم القوانين ، ولم تراع عند وضعها ظروفهم وعاداتهم وحاجاتهم .

مبدأ شخصية القانون وإقليميته :

في إطار ذلك التطور العالمي في الاتصال ويسر الانتقال من مكان إلى آخر، ظهر مبدأ شخصية القانون ، الذي يقوم على أساس أن القانون لا يسري إلا على أبناء الدولة دون نظر إلى المكان الذي يتواجدون فيه ، سواء كانوا في داخل البلاد أم في خارجها ، ورغم ظهور هذا المبدأ إلا أنه لم يؤدي إلى اختفاء مبدأ الإقليمية كلية ، بل بقي كل منهما جنباً إلى جنب ، تتفاوت الدول في الأخذ من كل منهما بحسب ظروفها وما تقتضيه مصلحتها ، ومن هنا نشأت فكرة تنازع القوانين ، ومست الحاجة إلى تفريد قواعد القانون الدولي الخاص ، لحل ذلك التنازع ومعرفة القانون الذي يجب تطبيقه على النزاع المعروض [1] .

تطبيق القانون من حيث المكان في مصر الآمنة :

وفي مصر الآمنة المحروسة ، يعتبر مبدأ إقليمية القانون هو الأصل في قانونها ، فالقوانين تسري داخل نطاق إقليمها على المواطنين والأجانب المقيمين داخل إقليم الدولة بدرجة سواء ، ولا تتجاوز حدود الإقليم ، ومع ذلك فإن مبدأ

---

(١) د. عبد الرزاق فرج [illegible]

الإقليمية وإن كان يمثل أصلاً ، إلا أنه يرد عليه بعض الاستثناءات التي تتفاوت في مداها من فرع قانوني إلى آخر وذلك كما يلي بيانه :

أولاً : في نطاق القانون العام :

(١) القانون الدولي العام :

إذا كان الأصل أن القانون - وفقاً لمبدأ إقليمية القانون الذي يأخذ به المشرع المصري - يطبق على الموجودين داخل حدود الدولة - مواطنين أو أجانب - ، فإننا نجد أن بعض هؤلاء الأجانب - وهم رؤساء الدولة الأجنبية ، والممثلين الدبلوماسيين لا يخضعون للقانون المصري ، ولا يحاكمون أمام القضاء الوطني ، حيث ينطبق عليهم قانون دولتهم .

(٢) القانون الدستوري :

كما نجد أن حقوق المواطنة خاصة ما يرد منها في القانون الدستوري يقتصر تطبيقها والتمتع بها على المواطنين دون الأجانب في كثير من الأحيان . فمثلاً الحقوق والواجبات العامة المقررة للمواطنين يختلف حظ المواطنين في التمتع بها عن حظ الأجانب ، بالقطع فإن حظ المواطنين أوفر ، كذلك بعض الحقوق السياسية مثل حق الانتخاب والترشيح لمجلس الشعب فإنهما مقصوران على المواطنين ، وأما حق تولي الوظائف فهو في الأصل مقصور عليهم . ولا يباح للأجانب إلا بشرط معين ، وعلى سبيل الاستثناء وبشروط خاصة . وهناك بعض الواجبات العامة لا يكلف بها سوى المواطنين مثل الخدمة العسكرية .

(٣) القانون المالي :

وفي مجال القانون المالي نجد أن الأجانب يخضعون له ، فإذا قام الأجنبي بممارسة نشاط تجاري معين يخضع للضرائب ، فإنه يلتزم بدفعها تطبيقاً لأحكام قانون الدولة التي تحتضن هذا النشاط ، وكذلك الأمر إذا تقررت بعض الرسوم على الخدمات المختلفة مثل الاتصال ، أو دخول البلاد ، أو منح تأشيرة دخولها ،

وسيرة بعاداتها ، فإنه يخضع لذلك في التطبيق ولا يعفى منه لأنه أجنبي ، بل [illegible] حكامها عليه .

(٤) قانون العقوبات :

وفي قانون العقوبات يعتبر مبدأ إقليمية القانون هو الأصل في التطبيق . وقد نصت على هذا المادة الأولى من قانون العقوبات المصري فقالت : "تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه" . ومن هذا النص يبدو أن القانون الجنائي يطبق على من يوجد داخل إقليم الدولة مواطناً كان أم أجنبياً ، ولا يسري خارج هذا الإقليم ولو كان الذي ارتكب الجريمة مصرياً .

الاستثناءات الواردة على هذا الأصل :

وهذا الأصل يرد عليه بعض الاستثناءات وهي كالآتي :

(أ) إذا قام بعض الأفراد الموجودين خارج مصر سواء كانوا مصريين أو أجانب بارتكاب جريمة وقعت كلها أو بعضها على أرض مصر [1].

(ب) الجرائم التي تقع خارج مصر إذا كانت تنطوي على مساس بأمن الدولة كارتكاب جناية مخلة بالأمن العام ، أو جناية تزوير أو تقليد العملة الورقية أو المعدنية [2] .

(٥) القانون الإداري :

وفي القانون الإداري يسري مبدأ إقليمية القانون على الوطنيين والأجانب إذا عينوا في إحدى الوظائف . ولكن هذا لا يمنع من وضع القواعد الخاصة بتشغيل الأجانب داخل إقليم الدولة وتطبق عليهم .

---

(١) مادة ٢/١ من قانون العقوبات المصري .

(٢) المواد ٢ ، ٣ ، ٤ من قانون العقوبات المصري .

ثانياً : في نطاق القانون الخاص :

الأصل أن يطبق القانون الخاص على المواطنين عملاً بمبدأ إقليمية القانون، ومع ذلك نجد أن المشرع المصري في الباب التمهيدي من القانون المدني قد عالج مسائل تنازع القوانين من حيث المكان، وحدد القانون الذي يجب تطبيقه على مسائل الأحوال الشخصية، وعلى المسائل المتعلقة بالأموال [1]، وذلك كما يلي :

(١) مسائل الأحوال الشخصية :

في المسائل التي تتعلق بالحالة والأهلية والزواج والطلاق والنفقة والميراث والوصية يقرر القانون أن مبدأ التطبيق التشريعي هو مبدأ شخصية القانون. فيطبق قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص، فالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسري عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم [2]، وأما الشروط الموضوعية لصحة الزواج فيرجع فيها إلى قانون كل من الزوجين [3]، فالزوجان الإنجليزيان المقيمان في مصر يخضعان لقانون بلدهما، والزوجان المصريان المقيمان في إنجلترا يخضعان للقانون المصري، وآثار الزواج يحكمها قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج [4].

كما يسرى على الطلاق قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق [5].

ويسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب قانون بلد المدين بها [6]. ويسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها

---

(١) المواد من ١٠ – ١٨ من القانون المدني المصري.

(٢) مادة (١١) من نفس القانون.

(٣) مادة (١٢) من نفس القانون.

(٤) مادة (١/١٣) من نفس القانون.

(٥) مادة (٢/١٣) من القانون المدني المصري.

(٦) مادة (١٥) من نفس القانون.

من النظم الموضوعية لحماية المحجوزين والغائبين قانون الشخص الـذي تجـب حمايته [1] .

ويسري على شكل الوصية قانون بلد الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الـذي تمت فيه الوصية ، وكذلك الحكم في شكل سائر التصرفـات المضافـة لمـا بعـد الموت[2] .

(٢) في مسائل المعاملات المالية :

يسري على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى قانون البلـد الـذي يوجد به العقار موضوع التصرف [3] ، ويسري على المنقول قانون البلـد الـذي يوجد فيه هذا المنقول وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها [4] ، ويسري على العقود من حيـث الشـكل الذي يجب اتباعه في إبرامها قانون البلد الذي أبرمت فيه ، ويجوز - أيضـاً - أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك [5] .

ويسري على العقود من حيث الموضع قانون الدولة التـي يوجـد فيـها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً ، فإن اختلفا موطناً سـري قـانون الدولة لتي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتفق الطرفان ، أو استبان من الظـروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه ، سواء كان هذا القانون هو القانون الوطنـي أم القانون الأجنبي . [6]

---

(١) مادة (١٦) من نفس القانون .

(٢) مادة (٢/١٧) من نفس القانون .

(٣) مادة (١/١٨) من نفس القانون .

(٤) مادة (٢/١٨) من نفس القانون .

(٥) مادة (٢٠) من نفس القانون .

(٦) مادة (١٩) من نفس القانون .

ويسري على العقود التي أبرمت بشأن العقار ، قانون البلد الذي يقع فيه هذا العقار [1] ، وأما الالتزامات غير الإرادية ، كالعمل غير المشروع ، فإنه يسري عليها قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام [2] ، إلا إذا كانت الأفعال غير المشروعة مباحة في مصر فإنها لا تخضع لهذا القانون حتى لو كانت مما يعتبر غير مشروع في البلد الذي وقعت فيه [3] ، وفيما يتعلق بمسائل الاختصاص والإجراءات ، فإنها تخضع لقانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات [4] .

ولا يجوز أن يطبق قانون أجنبي في مصر تطبيقاً لمبدأ شخصية القانون إذا كان تطبيقه يخالف النظام العام أو الآداب في مصر[5].

ويبدو من تلك التطبيقات القانونية أن مبدأ إقليمية لقانون هو الأصل ، بمعنى أن القانون يطبق على كل من يوجد داخل حدود الوطن ولا يطبق على غيرهم ، أما مبدأ شخصية القانون فإنه يطبق على سبيل الاستثناء خاصة في المسائل المتعلقة بالأسرة [6] .

---

(١) مادة (٢/١٩) من القانون المذكور .

(٢) مادة (١/٢١) من نفس القانون .

(٣) مادة (٢/٢١) من نفس القانون .

(٤) مادة (٢٢) من نفس القانون .

(٥) مادة (٢٨) من نفس القانون .

(٦) ويراجع في نطاق التطبيق المكاني للقانون وما يرد عليه من استثناءات : د. عبد المنعم البدراوي - ص ٢٤٤ ، د. عبد المنعم - فرج الصدة - فقرة ٣٧٣ ، د. منصور مصطفى منصور - ص ١٧٢ ، د. جميل الشرقاوي - فقرة ٥٧ وما بعدها ، د. عبد الرزاق حسن فرج - ص ٩٨ وما بعدها ، د. حسن كيرة - ص ٨٦ ، د. سليمان مرقس - ص ١٦٧ وما بعدها ، د. أحمد سلامة - فقرة ١١٦ وما بعدها ، د. توفيق فرج - ص ٣٦٦ وما بعدها .

المطلب الثاني

سريان القانون من حيث الزمان

إذا تم صدور القانون ونشره وتحدد موعد نفاذه ، ثم جاء هـذا الموعـد ، فإنه يجب أن يطبق على كل التصرفات والوقائع التي تحدث في ظله ، وهذا هـو معنى التطبيق الفوري للتشريع أو الأثر المباشر له .

ولا صعوبة في ذلك ، إذا ما كانت الواقعة القانونية قد نشأت وترتبت عليها كافة آثارها في ظل قاعدة قانونية واحدة ، ففي هذه الحالة لا تثار مسألة تنـازع القوانين من حيث الزمان ، فلو أن شخصاً كان قد وضع يده على عقـار وتملكـه بالتقادم على هذا النحو ، فلا يؤثر في كسب ملكيته لـهذا العقـار بـهذا السـبب القانوني ، صدور قانون آخر بعد ذلك يعدل في مدة التقادم أو شروطه ، لأن كسب الملكية قد نشأ وترتبت عليه آثاره في ظل القانون القديم .

ولكن الأمور كلها لا تكون بتلك السهولة ، فقد يدق بعضها وتثور مشـكلة تحديد تطبيق القانون من حيث الزمان إذا ما ألغيت القواعد القانونية ، وحل محلها قواعد أخرى ، وكانت هناك آثار ممتدة لبعض الوقائع القانونيـة ، وهنـا يثـور التنازع لمعرفة الحد الفاصل بين نطاق تطبيق كل منهما ، وما إذا كانت القواعـد القانونية القديمة هي التي تنطبق على آثار العلاقات التي نشأت في ظلـها ، أم أن القاعدة القانونية الجديدة هي التي ستحكمها إعمالاً للأثر الفوري للتشريع ، ولمـا هو مسلم به أن التشريع الجديد هو الذي يحكم الوقائع التي نشأت بعد نفاذه ، كمـا إذا صدر تشريع جديد يستلزم شكلاً معيناً في انعقاد عقد من العقود ، فـإن هـذا الشكل يجب أن يستوفي في العقود التي تتم بعد سريانه .

الافتراضات التي يثيرها تطبيق القانون من حيث الزمان :

وتطبيق القانون من حيث الزمان يثير ثلاثة افتراضات :

أولها : أنه قد تنشأ وقائع جديدة تماماً لاحقة على صدور القانون الجديد، وفي هذه الحالة فإن القانون الجديد هو الذي يحكمها . وهذا هو أبسط الفروض الثلاثة.

ثانيها : أنه قد تكون هناك وقائع وأعمال سابقة على نفاذ التشريع الجديدة انتهت آثارها كاملة قبل صدوره واكتملت آثارها في ظله ، ولا يطبق عليها القانون الجديد.

ثالثها : الوقائع التي نشأت في ظل القانون القديم . ولكن آثارها ما زالت ممتدة ونتائجها مستمرة عند صدور القانون الجديد . وهنا يثور التساؤل عن تلك الوقائع التي نشأت في ظل القانون القديم وما زالت آثارها ممتدة عند العمل بالقانون الجديد وسريانه ، فهل يسري على تلك الآثار الممتدة للقانون الجديد إعمالا للأثر الفوري للتشريع ، أم أنها تظل خاضعة للقانون القديم ،ولا تخضع للقانون الجديد . ذلك ما يجب تفريده وبيانه :

أولا : الوقائع اللاحقة للقانون الجديد :

هذا هو الافتراض الأول ؛ الذي يتحقق وجوده حين تكون الوقائع الجديدة قد نشأت لاحقه على صدور القانون الجديد . وهنا نجد أن هذا القانون الجديد هو الذي يحكمها بدون أقل صعوبة أو أدنى شبهه ، فإذا استلزم القانون الجديد شكلاً معيناً (الرسمية مثلاً) لانعقاد عقد من العقود ، فإنها يجب أن تتم وفقاً لما اشترطه القانون ، وإذا استلزم القانون الجديد إجراء معيناً لانتقال الملكية . كان هذا الإجراء لازماً لانتقالها وإذا رتب القانون أثرا معيناً على فعل ما كالمسئولية مثلاً . انطبق هذا القانون على كل الأفعال التي تقع بعد سريانه .

ثانياً : الوقائع السابقة على صدور القانون الجديد :

وهذه الوقائع هي محل الافتراض الثاني ، الذي يقوم على أساس أن ثمة وقائع قد قامت وأنتجت آثارها كاملة قبل صدور القانون الجديد ، وهذه الوقائع تخضع في نشأتها وآثارها وكافة أحكامها للقانون القديم الذي نشأت في ظله ولا يسري عليها القانون الجديد حيث لا يجوز أن يسرى القانون الجديد بأثر رجعي ليحكم مثل تلك الوقائع ، أي أن تلك الوقائع بتمام وقوعها وترتيب آثارها في ظل القانون القديم قد تحصنت من السريان بأثر رجعي للقانون الجديد عليها ، فما هو المقصود بهذا المبدأ ؟ ، ذلك ما يجب بيانه .

مبدأ عدم رجعية القانون :

يقصد بمبدأ عدم رجعية القانون أن القانون لا يجوز أن يسري على الماضي ، فالقانون الجديد لا يجوز أن يسرى على الوقائع والتصرفات التي اكتملت قبل نفاذه ، بل تظل هذه الوقائع والتصرفات محكومة بالقانون الذي تمت في ظله ، ولا يجوز للقانون الجديد أن يتعرض لها سواء من حيث تكوينها ، أو من حيث الآثار المتعلقة بها بالتقييد أو التعديل أو الإلغاء ، فقد نشأت هذه الوقائع وترتبت عليها آثارها طبقاً لقانون قائم ، فهذا القانون وحده هو الذي يحكمها . ولا يصح أن تتأثر بعد ذلك بتغيير التشريع ، فلا يحكمها التشريع الجديد [1] ، وتلك هي القاعدة المعروفة بمبدأ عدم رجعية القانون الجديد على الماضي التي تمثل أهمية كبرى في التشريع حتى إن قوانين ودساتير كافة الدول العربية تنص عليها . كما حرص على النص عليها الدستور المصري الدائم الصادر عام ١٩٧١م ، في المادة (١٨٧) [illegible] لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها ، ومع ذلك يجوز - في غير المواد الجنائية - النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب " . ومن هذا النص يبدو مبلغ حرص الدستور على هذا المبدأ ، فهو عندما أجاز للسلطة التشريعية الخروج عليه قيدها أولاً ، بعدم المساس به في المسائل الجنائية . كما

---

(١) حكم محكمة النقض في ٢٢/١١/١٩٦٦م ، المجموعة س ١٧ - ص ١٥٢٥ .

... أنه قيد الخروج عليه في غير المسائل الجنائية بأغلبية خاصة ، وهذا يقطع بأن الرخصة التي أعطيت للمشرع يجب أن تستعمل بحكمة بالغة . وأن تقتصر على الحالات التي تقضيها حماية مصلحة اجتماعية أو وطنية عليا وبعد موافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب ، وليس بالأغلبية العادية اللازمة لسن التشريع واتخاذ القرارات، وهي أغلبية الحاضرين من الأعضاء [1] .

كما أكد ذلك الدستور الدائم - أيضاً - حين نص في المادة (٦٦) منه . على أنه : " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ هذا القانون " .

مبررات قاعدة عدم رجعية التشريع :

ولا شك أن قاعدة عدم رجعية التشريع تستند إلى مبررات تتصل باحترام العدالة ، واستقرار المعاملات ، والمنطق القانوني ، والاعتبارات المتعلقة بالحريات العامة ، وذلك كما يلي :

(١) من حيث احترام العدالة :

نجد أنه ليس من العدل في شيئ القول بسريان القانون على الماضي ، وعلى الوقائع التي تمت قبل صدوره فلا يستساغ القول بتطبيق تشريع جديد يقر عقوبة على أفعال كانت مباحة قبل صدوره ، وبناء على هذا فإنه ليس بمطلوب من الأفراد سوى احترام القوانين الموجودة حالياً وليس القوانين التي تصدر في المستقبل ، التي لا يعلمون عنها بالضرورة شيئاً .

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي - ص ١٥٩ وما بعدها ، د. حسن كيرة - ص ١٨٨ وما بعدها . عبد المنعم فرج الصده - ص ١٩٢ ، د. توفيق فرج - ص ١٨١ وما بعدها ، د. أحمد سلامة - ص ٢٠٢ وما بعدها ، د. سليمان مرقس - ص ١٤٠ ، د. عبد الرزاق فرج - ص ١٠٤ وما بعدها د. منصور مصطفى منصور - ص ١٧٦ وما بعدها .

(٢) احترام استقرار المعاملات :

كما أن احترام استقرار المعاملات يعتبر من مبررات قاعدة عدم رجعية التشريع ، لأن القول بسريان التشريع الجديد على الماضي ، يؤدي إلى اضطراب المعاملات ، ويفقد الأفراد الثقة في القانون . ولهذا فإن المصلحة العامة تقتضي عدم سريان التشريع على الماضي استقرار للمعاملات في المجتمع ، وعدم بقاء الأفراد مهددين بصدور تشريع جديد يقوض مصالحهم ، ويؤدي إلى انتشار الفوضى في المجتمع ، وبالتالي عدم استتباب الأمن فيه ، ولا يتصور وجود حياة تحتوها الثقة والطمأنينة على النفس والمال ، إذا ما عاش الأفراد في خوف مما يهددهم من صدور قوانين جديدة تلغي أو تغير من مضمون ما قاموا به من تصرفات قد يكون مقابلها عمرهم [١] .

(٣) من حيث المنطق القانوني :

نجد أن القاضي يجب عليه أن يرجع عند بحثه في العلاقات القانونية وما يترتب عليها من آثار إلى القانون الذي يسري عند نشوئها وترتيبها لهذه الآثار . ولا يعقل أن نطالبه بأن يطبق عليها قانوناً آخر . أما كون النزاع لم ينشأ إلا بعد ذلك . أي بعد صدور قانون جديد ، فإن ذلك لا يجوز أن يغير من الأمر شيئاً ومن ثم لا يجوز أن يؤثر ذلك القانون على حل النزاع .

(٤) احترام الحريات العامة :

تبدو قاعدة عدم رجعية التشريع أساساً من أسس احترام الحريات العامة . حيث لا يستساغ صدور قانون يطبق على وقائع لم تكن تعتبر جرائم قبل صدوره . ولهذا كان هذا المبدأ من القواعد الدستورية في المسائل الجنائية التي لا يجوز الخروج عليها حتى بواسطة المشرع نفسه ، وهو ما يتفق مع قول الله تعالى : "وما كنا معذبين حتى نبعث رسولاً" .

(١) في هذا المعنى : د. أحمد سلامة – فقرة ٨٧ .

المبدأ يخاطب القاضي والمفسر ، لا المشرع :

وفي غير المسائل الجنائية فإن المبدأ يخاطب القاضي والمفسر لا المشرع، فإن المشرع يستطيع أن يخرج عليه بنص صريح في القانون نفسه ، وبشرط موافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب في غير المسائل الجنائية ، ولا يكون ذلك الخروج إلا عند الضرورة القصوى ، فيجب على المشرع ألا يستعمل تلك الرخصة فيسحب أثر القوانين على الماضي إلا إذا كان لذلك داع قوي من دواعي المصلحة العامة .

الإستثناءات الواردة على المبدأ :

ومبدأ عدم رجعية التشريع ليس على إطلاقه ، بل ترد عليه عدة إستثناءات يمكن إجمالها فيما يلي :

(١) جواز الخروج للمشرع :

مما سبق يستبين أن المشرع يجوز له الخروج على المبدأ ، لأن القاعدة تخاطب القاضي والمفسر ، ولا تخاطب المشرع ، وذلك في غير القوانين التي تقرر الجرائم والعقوبات ، وبأغلبية أعضاء المجلس التشريعي .

(٢) القوانين التفسيرية :

يرى بعض الشراح أن القوانين التفسيرية ، أي تلك التي يصدرها المشرع لتفسير ما غمض من التشريع ، إنما هي قوانين ذات أثر رجعي .
والواقع أن الأمر على خلاف ذلك ، لأن هذه القوانين لا تعتبر استثناء بالمعنى الصحيح من قاعدة عدم رجعية التشريع ، لأن القانون التفسيري لا يتضمن حكماً جديداً دائماً يقصد منه الإفصاح عن إرادة المشرع إذا اتضح أن في التشريع غموضاً ، ولذلك فإنه يعتبر جزء من القانون الذي جاء مفسرا له . ويتحدد تاريخ سريانه بتاريخ القانون الذي يفسره [1].

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ١٦٤ .

(٣) القانون الجنائي الأصلح للمتهم :

والواقع أن الاستثناء الحقيقي من قاعدة عدم رجعية القانون هو ذلك الاستثناء الخاص بالقانون الجنائي الأصلح للمتهم ، إذ أن مبدأ عدم رجعية التشريع وإن كان مبدأ عاماً يمتد إلى جميع فروع القانون ، إلا أنه ألزم في القانون الجنائي منه في فروع القانون الخارجي ، بل إن هذه القاعدة تعتبر هنا – وكما سبق القول – من القواعد الدستورية التي لا يجوز للمشرع نفسه أن يخرج عليها.

ومن شأن تطبيق هذه القاعدة في المسائل الجنائية أنه لا يجوز العقاب على الفعل إلا طبقاً للقانون المعمول به وقت ارتكابه ، فإذا صدر قانون لاحق على ارتكاب الفعل ، لم يكن له أثر على الأفعال السابقة ، حتى ما لم يقدم منها إلى القضاء .

وهذه القاعدة تطبق في حالة ما إذا كان القانون الجديد ينشئ جريمة أو يشدد في عقوبة جرائم موجودة ، فلا يجوز أن يعاقب الفاعل أو الجاني إلا بالقانون الساري وقت وقوع الفعل ، أو وقت ارتكاب الجريمة .

ولكن المشرع رأى الخروج عليها في حالة ما إذا صدر قانون جديد يبيح الفعل ، أو قانون جديد يخفف العقوبة ، فجعل للقانون الجديد أثراً رجعياً ، ليطبق ليس فقط على الأفعال التي تقع بعد نفاذه ، بل – وأيضاً – على ما سبق من أفعال.

مبررات رجعية القانون الأصلح للمتهم :

واستثناء القانون الأصلح للمتهم من مبدأ عدم رجعية التشريع له ما يبرره من الناحية الاجتماعية ، ومن ناحية العدالة ، إذ يكون من التناقض والظلم أن تطبق على المتهم عقوبة في الوقت الذي اكتشف المشرع فيها عدم جدواها ، واعترف بعدم فائدتها ، أو بزيادتها عن الحد اللازم ، وليس من حق الجماعة أن توقع العقوبة إذا ظهر أن توقيعها ليس في مصلحتها ، لأن العقوبة تقدر بالقدر اللازم لتحقيق هذه المصلحة ، ولهذا جري العمل بها في معظم التشريعات .

وقد تقرر هذا الاستثناء في المادة (٥) من قانون العقوبات حيث تقول : " ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل ، وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم ، فهو الذي يتبع دون غيره .

شروط رجعية القانون الأصلح للمتهم :

ويشترط لتطبيق هذا الاستثناء وهو جواز رجعية القانون الأصلح للمتهم ما يلي :

(١) أن يكون القانون الجديد في صالح المتهم :

من شروط تطبيق رجعية القانون الأصلح للمتهم ، أن يتوافر فيه شرط المصلحة في جانب المتهم ، وليس المراد بالمصلحة هنا ما يراد بها في قانون المرافعات كشرط لقبول الدعوى من رافعها ، وإنما المراد بها أن يكون القانون الجديد متمخضاً عن حكم يجعل مركز المتهم أحسن في مجال إسناد الفعل إليه ، أو تخفيف العقوبة المقررة له ، أو إعفائه من التجريم أو العقاب ، وذلك بالمقارنة بين هذا الوضع الجديد وبين القانون الذي ارتكبت في ظله .

وتقدير مبدأ مصلحة المتهم في ظل القانون الجديد – على نحو ما سبق – لا ينظر إليها باعتبار شخصي ، ولكن يجب أن ينظر إليها على أساس موضوعي مستمد من القانون نفسه ، وعلى هذا ، فإن القانون الجديد يكون أصلح للمتهم إذا كان يبيح الفعل الذي كان يعاقب عليه القانون القديم ، أو كان يستلزم للعقاب عليه شرطاً لم ينص عليه ، أو كان يقرر وجهاً للإعفاء لم يكن مقرراً من قبل . أو كانت العقوبة المقررة فيه أخف من العقوبة المقررة في القانون السابق . أو كان يقرر وجهاً للطعن في الحكم غير وارد فيه .

(٢) أن يصدر القانون الجديد قبل الفصل في الدعوى نهائيا :

ويجب أن يكون القانون الأصلح للمتهم قد صدر قبل الحكم في الدعوى نهائياً ، فلا يطبق القانون الجديد إلا إذا كان قد صدر وأصبح نهائياً ونافذاً قبل الفصل في الدعوى على وجه نهائي ، وذلك على نحو ما ورد في المادة (٥) عقوبات ، وهذا أمر منطقي ، لأن مركز المتهم لا يتحدد إلا بالحكم النهائي ، ويكون الحكم نهائياً باستنفاذ طرق الطعن فيه، أو فوات المواعيد المقررة للطعن ،

ومع ذلك فإن القانون قد قرر إعفاء المتهم من هذا الشرط ، وهو صدور القـــانون بعد الحكم عليه نهائياً ، وذلك في حالة ما إذا جعل القانون الجديد الفعل غير معاقب عليه ، وعلى هذا نصت الفقرة الثانية ، من المادة الخامسة ، من قانون العقوبــات بقولها : " على أنه إذا صدر قانون بعد حكم نهائي يجعل الفعل الذي حكـــم علـــى المجرم من أجله غير معاقب عليه ، يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائيـــة " . وهذا النص يعتبر استثناء من شرط صدور القانون الأصلح للمتـــهم قبـــل الحكـــم النهائي .

وكما يبدو من نص القانون ، فإن الاستثناء قاصر على حالة واحدة هي أن يكون القانون الجديد قد جعل الفعل الذي حكم عليه المتهم من أجله غـــير معـــاقب عليه ، أي رفع العقوبة إطلاقاً بأنه أزال عن الفعل الصفة الجنائية ، أو قرر عـــذراً معفياً من شأنه عدم توقيع العقاب ، ففي هذه الحالة يوقف تنفيذ الحكم وتزول كـــل الآثار الجنائية المترتبة عليه .

(٣) أن يكون القانون غير مؤقت :

ويجب أن يكون الجديد من القوانين العادية غير المؤقتة ، أي التي تعـــاقب على جرائم في فترة محددة ، ذلك أن انقضاء هذه الفترة لا يترتب عليه عدم السير في إجراءات الدعوى أو إتمام مراحل المحاكمة أو عدم تنفيذ العقوبة ، وإن كـــان الفعل قد أصبح مباحاً تبعاً لسقوط القانون الذي يعاقب عليه بانقضاء مدة تطبيقه .

وعلى هذا نصت الفقرة الأخيرة من المادة (٥) عقوبات مصري ، بقولـــها : " غير أنه في حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة فيها ، وكان ذلك عن فعل مخالف لقانون ينهي عن ارتكابه في فترة محددة ، فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير في الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها .

ثالثاً : الوقائع القانونية ذات الآثار الممتدة :

هذا هو الافتراض الثالث من الافتراضات الثلاثة التي يثيرها موضوع تنازع القوانين من حيث الزمان ، وهو أهمها ، فقد نجد أنفسنا أمام وقائع نشأت في ظل القانون القديم ، ولكنها لم تستنفد بعد كل آثارها القانونية جمعاء ، قبـــل صـــدور التشريع الجديد ، إما لأن كل آثارها مستقبلة ، وما لأن بعضاً من آثارها قد نشـــأ

في ظل القانون القديم والبعض منها ما زال قابلاً للنشوء في ظل القانون الجديد ، وإما لأنها أنشأت وضعاً مستقراً ومستمراً للمستقبل في ظل التشريع الجديد .

وفي هذا الفرض وحده ، يفرض علينا التنازع الحقيقي بين القوانين نفسه على الواقعة المنظورة ، ويقوم التصارع بين التشريعين القديم والجديد ، ليبين من منهما هو الذي سيحكم الآثار الممتدة لتلك الوقائع والأعمال ، أهو القانون الجديد الذي أصبح العمل به نافذاً وواجباً ؟ ، أم هو القانون الذي كان معمولاً به وقت نشوء هذه الأعمال والوقائع ؟ . وهذا هو مكمن التنازع الحقيقي .

الأمثال توضح ما يقال :

ولنضرب لذلك أمثلة توضح مضمون المشكلة وأبعادها ، ووضعها في مجال التطبيق :

(١) لو افترضنا أن قانوناً معمولاً به يحدد مدة معينة لاكتساب الملكية بالتقادم هي خمس عشرة سنة . ثم صدر قانون جديد يرفعها إلى ثلاثين سنة . أو يحول اكتساب الملكية بالتقادم مطلقاً ، فهل يطبق هذا القانون الجديد فوراً على تلك الواقعة فتسري المدة الجديدة أو الحكم الجديد؟ أم يطبق القانون الذي بدأ سريان المدة في ظله ، وبمعنى آخر إذا كانت قد مضت مدة عشرة سنوات فهل يمتلك الشيء بعد خمس سنوات ؟ أو بعد عشرين سنة . أو لا يتملكه مطلقاً وفقاً للقانون الجديد ؟ .

(٢) لو افترضنا أن قانوناً صدر بتحديد سن الرشد بثماني عشرة سنة . وقد كان ذلك هو المقرر بالفعل في قانون المجلس الحسبية القديم المعمول به قبل عام ١٩٢٥م . ثم صدر القانون المدني ، وعمل به في ١٩٤٨/١٠/١٥م . حيث حدد بلوغ سن الرشد ، بإحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة .

فهل يسري هذا القانون على من بلغوا قبل نفاذه ثماني عشرة سنة بالفعل ولكنهم لم يتموا عند العمل به إحدى وعشرين سنة . ويعودوا بالتالي قصّرا إلى حين بلوغ هذا السن . أم يخضعوا للقانون القديم . وتكون أهليتهم قد اكتملت به وبلغوا سن الرشد .

(٣) كان قانون الإثبات يجيز إثبات الالتزام التعاقدي بشهادة الشهود إذا كانت قيمته عشرين جنيهاً ، ثم صدر قانون يرفع هذا النصاب إلى مائة جنيه أو خمسمائة جنيه ، وفقاً للمادة (٦٠) من قانون الإثبات بعد تعديلها بالقانون رقم (١٨) لسنة ١٩٩٩م ، في ١٧/٥/١٩٩٩م فهل يسري هذا القانون على الوقائع التي نشأت قبل نفاذه ، أم تظل تلك العقود فيما يتعلق بالإثبات خاضعة لأحكام القانون التي نشأت في ظله ؟

(٤) إذا تزوج شخص غير مسلم في ظل قانون يجيز الطلاق للزوج بإرادته المنفردة ، ثم صدر قانون جديد يجعل الطلاق بيد القاضي ، ثم أراد هذا الشخص أن يطلق زوجته ، فهل يجوز له أن يطلقها وفقاً لأحكام القانون الذي تم الزواج في ظله . والذي يجيز له الطلاق ؟ ، أو يسري عليه القانون الجديد الذي يجعل الطلاق بيد القاضي ولا يملك الزوج أن يوقعه ؟ .

فهذه الأمثلة وغيرها توضح أبعاد مشكلة تنازع القوانين من حيث الزمان، وهي تتلخص في معرفة ما إذا كان القانون القديم مستمراً في السريان ليحكم هذه الآثار المستقبلة ، أم أنه يقف عندئذ بصدور القانون الجديد تاركاً لهذا القانون وحده حكمها مستقبلاً .

طريقتان لحل مشكلة التنازع الزماني :

ولحل مشكلة التنازع الزماني بين التشريعين القديم والجديد توجد طريقتان : الأولى التشريع ، أي أن المشرع يستطيع أن يفض ذلك النزاع بواسطة التشريع من خلال النص الكفيل بحله ، فإذا وجدت مثل هذه النصوص في التشريع وجب تطبيقها على أساس أنها تفصح بصراحة عن قصد المشرع وإرادته . ولكن الصعوبة تنشأ حقاً إذا لم توجد مثل هذه النصوص في التشريع ، فيترك المشروع للمفسر حلها بالوسائل الفنية ومن ثم يبدو أن لتلك المشكلة طريقتين في الحل : تشريعية ، وفنية : ونخصص لبيان كل من هاتين الطريقتين فرعاً :

الفرع الأول

الوسيلة الفنية لفض التنازع الزماني

لا يثار النظر في استعمال الوسيلة الفنية لفض التنازع الزماني بين القوانين إلا في حالة عدم وجود نص يكشف عن قصد المشرع في فضه. وبعد ذلك علينا أن نفهم معنى عدم رجعية التشريع وفقاً لصريح عبارة نص المادة (١٨٧) من الدستور الدائم التي تقرر أنه : " لا تسري أحكام القانون إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها " ، لأن عبارة النص لا تعني سوى غل يد التشريع الجديد عن المساس بالوقائع التي تمت في الماضي ، ولا أن يتعرض للآثار التي ترتبت عليها في الماضي- أيضاً - ، وإلا كان ذا أثر رجعي ، وهو محظور ، ولكن ذلك لا يعني أن القانون الجديد لا يستطيع المساس بالآثار المستقبلية لهذه الوقائع والتصرفات ، ويجب عدم الخلط بين رجوع التشريع إلى الماضي على هذا النحو ، وبين انطباقه على الآثار المستمرة مستقبلاً للوقائع القديمة ، واعتباره رجعياً في كلتا الحالتين ، لأن هذا خلط وخطأ ، فانطباق القانون على الآثار المستقبلية ليس رجعة به إلى الوراء ، وإنما تلك الرجعية لا تكون إلا عند العودة إلى الماضي لإلغاء شيئ أو تعديله بعد ما تم واكتسب في الماضي . والآثار المستقبلية ليست ماضياً وإنما هي منسوبة إلى المستقبل ومحسوبة عليه . فإذا طبقنا القانون الجديد عليها لا يكون ذلك إعمالاً له بأثر رجعي ، حيث لا يكون له وصف الرجعية إلا إذا مس الآثار التي تمت في الماضي .

وقد اختلف الفقه في حل ذلك التنازع ، وأدى ذلك الاختلاف إلى وجود نظريتين هما. النظرية التقليدية المعروفة بنظرية الحقوق المكتسبة ، والتي تقوم على أساس السماح للقانون القديم بحكم الآثار المستقبلية للوقائع التي نشأت في ظله . والنظرية الثانية ، هي النظرية الحديثة ، التي تقوم على أساس إعمال القانون الجديد على تلك الآثار إعمالاً مباشراً وحالاً ، ولذلك عرفت بنظرية الأثر الحال أو المباشر أو الفوري ، ولكن أنصار كل من هاتين النظريتين يوردون على المبدأ

الذي يضعونه فيهما طائفة من الاستثناءات ، لدرجة أن الحلول التي تؤدي إليها كل منهما ، تتماثل أو تتقارب في كثير من الفروض ، ونبين ذلك :

أولاً : النظرية التقليدية (نظرية الحقوق المكتسبة) :

وضعت هذه النظرية مبدأ معروفا يقوم على التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل ... يقول أنصارها : " إن القانون الجديد لا يجوز أن يمس الحقوق المكتسبة طبقا للقانون القديم ، بل يجب أن يبقى القانون القديم ليحكم وحده هذه الحقوق ، ويضيفون إلى هذا أن القانون الجديد إذا مس الآثار المستقبلية للتصرفات والوقائع القانونية التي نشأت قبل نفاذه . لكان في ذلك مساس بحقوقهم التي اكتسبوها وفقاً للقانون ، وهذا لا يجوز لأنه إن فعل ذلك يكون ذا أثر رجعي وهو الأمر المحظور [1] .

والحكمة من عدم جواز مساس القانون الجديد بالحقوق المكتسبة قبل نفاذه هي ضرورة تأمين الأفراد على مراكزهم وعلى حقوقهم ، حيث لن يطمئن الناس إذا ما عاشوا مهددين بصدور قانون يقلب مراكزهم القانونية في التصرفات التي ارتضوها بإرادتهم رأساً على عقب ، ويجب أن يطمئن المتعاقدان وقت التعاقد إلى أن العقد سيكون سارياً بينهما بالشروط التي ارتضاها حتى التاريخ المحدد لتصرفهما ، إذا أن لهما حقاً مكتسباً في أن يبقى مركزهما القانوني ثابتاً غير متقلب .

---

(1) د. عبد المنعم البدراوي – ص ١٦٨ وما بعدها ، د. جميل الشرقاوي – ص ١٨٥ وما بعدها، د. أحمد سلامة – ص ٢٠٦ وما بعدها ، د. حسن كيرة – ص ١٩١ ، د. توفيق فرج – ص ١٨٦ وما بعدها ، د. شمس الدين الوكيل – ص ٢٣٤ وما بعدها ، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ١٩٦ وما بعدها ، د. عبد الحي حجازي – فقرة ٢٨٧ ، د. عبد الرزاق فرج – ص ١١٩ ، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٧٩ وما بعدها .

التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل :

وإذا كان أنصار النظرية التقليدية قد أقاموا أساسها على فكرة الحق المكتسب ومجرد الأمل إلا أنهم اختلفوا فيما بينهم في معيار التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل .

فذهب بعضهم إلى أن الحق المكتسب هو الذي يدخل نهائياً في ذمة الشخص فلا يمكن سلبه أو نزعه بغير إرادته ، وذلك مثل حق الدائنية حتى لو كان معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل . فإذا لم تتحقق هذه الضوابط فإننا نكون بصدد مجرد أمل . أي ترقب اكتساب حق . أو وجود أمنية لدى الشخص قد تتحقق وقد لا تتحقق [1] . وهو الذي يستطيع صاحبه أن يرفع به دعوى أمام القضاء فإذا استطاع ذلك كان صاحب حق مكتسب . وإلا فهو مجرد أمل [2] .

ويقولون بياناً لذلك بالمثال : إن الزوجين اللذين عقد زواجهما قبل صدور القانون عام ١٩٣٨م . الذي أعطى المرأة الفرنسية حق التصرف دون إجازة الزوج . لم يكن لأيهما حق مكتسب في أن تظل المرأة ناقصة الأهلية . فبقاء نقص أهلية الزوجة كان مجرد أمل ومحل احتمال . ولذلك فإن القانون الجديد يطبق بأثر فوري ومباشر على جميع الزوجات. فكل التصرفات التي يعقدنها منذ صدور هذا القانون الجديد تعتبر صحيحة بدون إجازة الزوج .

وذهب بعض منهم في تعريف الحق المكتسب . إلى أنه ذلك الذي يقوم على سند قانوني . أما مجرد الأمل فلا يقوم على هذا السند .

الاستثناءات الواردة على النظرية التقليدية :

وقد أورد أصحاب تلك النظرية عليها استثناء من عدم مساس القانون الجديد بالحقوق المكتسبة . وهو القانون الذي يتعلق بالنظام العام فإنه يطبق بأثر فوري . ولا يكون للقانون القديم سلطان على تلك الواقعة. وذلك فضلا عن حالة النص الصريح على الرجعية . والتشريعات التفسيرية والقوانين الجنائية الأصلح

---

(١) د. أحمد سلامة – فقرة ٨٩ ، د. حسن زكي فرج – ص ١٣٠ .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه – جـ١ – فقرة ٢٣٦ .

للمتهم ، حيث يقولون : إنه لا يجوز لأحد أن يتمسك بحق مكتسب في مواجهة النظام العام ، كالقوانين المتعلقة بالأسرة ، وتلك التي تفرض سعراً إلزامياً للنقود فإنها يجوز أن يكون لها أثر رجعي - في رأيهم - فتطبق فوراً على الآثار المستقبلية للتصرفات والوقائع القديمة ولو مست بحقوق مكتسبة .

ويجب التنبيه - بداية - إلى أن هذا القول فيه خلط بين الأثر الرجعي ، والأثر الفوري للتشريع الجديد ، فإن حكم الآثار الممتدة للتشريع القديم ليس رجعية للتشريع الجديد ، وإنما هو إعمال له بأثر فوري .

كما يلاحظ أن الاستثناء المتعلق بالنظام العام عندهم ، منحصر في أضيق نطاق ، وليس أدل على ذلك مما ضربوه من أمثلة ، فهو لا تدل على اتساع نطاق الفكرة عندهم على أساس التفرقة بين القوانين الآمرة والقوانين المكملة ، وما فتئ ينفيك بعضهم بصرح بأن المراد بفكرة النظام العام هي ذات الأهمية القصوى والخطر البالغ التي لا يتصور مع وجودها استمرار وضع مخالف ، وذلك كالقانون الذي يحدد سن الرشد، أو الذي يلغي الرق " ؛ أو الذي يفرض السعر الإلزامي للنقود .

نقد النظرية التقليدية :

وقد تم توجيه النقد إلى تلك النظرية ، ومن أبرز ما أخذ عليها من عيوب : أنها تعطي للقانون القديم قدسية وسلطاناً يتجاوز الحدود التي ينبغي أن يقف عندها قانون وضعي يفترض أنه يواجه وضعاً متطوراً ، ولا يتصور أن يصدر قانون جديد لمواجهة هذا التطور فيجابه بذلك التقديس المجافي لطبيعة الأشياء ، ولا يملك تنظيم كافة الآثار التي تسري في ظله ، لمجرد أنها ترجع إلى وقائع نشأت قبل نفاذه كما أن هذه الوقائع تعطي أهمية كبرى لتحقيق الوقائع دون الآثار [1] .

---

(١) راجع في هذا المعنى : د. جميل الشرقاوي - ص ١٧٦ ، د. عبد المنعم فرج الصدة - ص ١٩٦ ، د. منصور مصطفى منصور - ص ١٩٠ ، د. عبد الرازق فرج - ص ١٢١ ، د. عبد المنعم البدراوي- ص ١٧٥ وما بعدها .

كما قيل إن التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل تفرقة تحكمية تقــوم على تقسيم فاسد ، والتعريفات التي قدمت لكل منهما لم تسلم مــن النقــد الــذي يجعلها حرية بالرفض حتى قال الفقيه الفرنسي (سوميير) : إنه يتحدى أعظــم الفقهاء في العالم أن يعرف الحق المكتسب ومجرد الأمل تعريفاً يسلم من النقــد أو يرقى للقبول [1] : بل أن أحداً منهم لم يستطع أن يضع لهذه التفرقة ضابطاً دقيقاً ، واكتفى معظم الشراح بضرب أمثلة هي من الوضوح لدرجة لا تثير أدنى شك .

وأساس النظرية التقليدية محل نظر ، لأن الآثار الممتدة للوقائع الســابقة علــى صدور التشريع الجديد ، هي مسائل مرتبطة بالمستقبل وتطبيقه عليها ليس إعمالاً لرجعية التشريع ، وإنما هو إعمال فوري له ، لكن تلك النظرية قد خلطت خلطــاً واضحاً بين الأثر الفوري والأثر الرجعي للتشريعين . فكأن أساسهــا في تلــك التفرقة خاطئاً لا يصح التعويل عليه [2] .

حتى في الحالات التي اعتبروها استثناء من مبدأ الرجعية لتعلقها بالنظام العــام . كالقانون الذي يلغي الرق ، أو الذي يحدد سن الرشد أو غيرهما . فــإن التدقيــق الصحيح يقول إن ذلك ليس إعمالاً للقانون الجديد بأثر رجعي ، ولكنه إعمال لــه على الآثار الممتدة بأثر فوري ، وقد خلطوا بين الأمرين خلطــاً يجعــل أســاس النظرية محل نظر ونقد [3] .

ثانياً : النظرية الحديثة (الأثر الفوري للتشريع الجديد) :

قامت النظرية الحديثة على أساس النقد الذي وجــه للنظريــة التقليديــة . وانتصر لها في الفقه الفرنسي الأساتذة (بلانيول - وكولان - وكابيتان) . ومــن أحسن المؤلفات التي وضعت فيها كتاب الأستاذ (روبيه) Roubier . وعنوانــه :

---

(1) بلانيول وريبير وبولانجيه – السابق – فقرة ٢٣٧ وما بعدها .

(2) د. عبد المنعم البدراوي – السابق – ص ١٧٧ وما بعدها .

(3) المرجع نفسه – ص ١٧٧ وما بعدها ، د. أحمد سلامة – ص ١٢١ وما بعدها ، د. جميل الشرقاوي – ص ١٨٠ وما بعدها ، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٩٦ ، د. توفيق فرج – ص ١٨٩ ، د. عبد الرازق فرج – ص ١٢٦ وما بعدها ، د. سليمان مرقس – ص ١٥٠ وما بعدها ، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٢٠٠ وما بعدها .

تنازع القوانين في الزمان ، الذي نشر الجزء الأول منه ، في باريس عام ١٩٢٩. والجزء الثاني عام ١٩٣٣ ، وكان لهذه النظرية تأثير كبير في القضاء ، فكثير من أحكامه تشير إليها، وإن لم يهجر بعضها النظرية التقليدية [١] .

التطبيق الفوري للتشريع الجديد :

وتقوم هذه النظرية على أساس أن التشريع الجديد لا يسري فقط على الوقائع التي تحدث بعد صدوره ، وإنما يطبق على الآثار الممتدة للوقائع التي نشأت في ظل القانون القديم ، لأن القانون يجب أن يسري بأثر فوري ومباشر .

... التي تقوم عليها النظرية الحديثة :

وقد استند أنصار هذه النظرية إلى مبررات وحجج تؤيد ما ذهبوا إليه فقالوا:

(١) إن هذا المبدأ يتفق مع النصوص التشريعية ولا يجافيها ، كما أنها تؤيده . وهو ما يفهم من نص المادة (١٨٧) من الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١م، حيث تقرر أنه : " لا تسري أحكام القانون إلا على ما يقع من تاريخ صدوره ، ولا شك - لدى أنصار هذه النظرية - في أن الآثار الممتدة هي أمور مستقبلة تقع بعد العمل بالقانون الجديد ، وعليه فإنه هو الذي يجب أن يحكمها فوراً وفي المستقبل .

(٢) ثم إن هذه النظرية تتفق مع الإرادة المفترضة للمشرع . لأنه إذا عدل تشريعاً قديماً أو ألغاه ، فإن ذلك يعني أنه غير صالح في نظره ، أو أن كفاءته في حكم الوقائع لم تعد في المستوى المطلوب. وهذا يعني أن التشريع الجديد في نظره أفضل ، ومن ثم يتعين تطبيقه فوراً ، ليس على الوقائع المستقبلة ، بل على الآثار الممتدة للوقائع السابقة عليه .

(٣) كما أن توحيد المراكز القانونية للأفراد يؤيد تطبيق القانون الجديد بأثر فوري على كافة الوقائع حتى لا يؤدي تخلف تطبيقه على بعضها إلى التنوع والاختلاف في تنظيم الروابط القانونية ، فلو صدر قانون جديد يحرم الطلاق

---

(١) د. محمد سعد الدراوي – ص ١٧٨ .

أو يقيده ، وقلنا إنه لا يسري إلا على عقود الزواج التي تقع بعد صــدوره ، لكــان معنى ذلك أن هنــاك أزواجــاً يستطيعــون الطلاق دون قيد أو شرط، وأزواج لا يستطيعون ذلك ، أو لا يقدرون عليه إلا بقيود وشروط ، ومثل تلك التفرقة في المراكز القانونية من شأنها أن تؤدي إلى مساوئ اجتماعيــة ، لا تنسجم مع غايات القانون وأهدافه ، ولا خروج من ذلك إلا بالتطبيق الفــوري للقانون الجديد .

استثناء استمرار القانون القديم لحكم الروابط العقدية :

بيد أن أنصار النظرية الحديثة ، قد أوردوا على ما ذهبوا إليه من ضــرورة إعمال القانون بأثر فوري ، استثناء أجازوا فيه استمرار القــانون القديــم لحكــم الروابط العقدية ، وذلك على أساس أن تطبيق القانون الجديد عليهــا بأثــر فوري تطبيقاً عاماً قد يؤدي إلى مساوئ جسيمة ، وقلب ما قدره أطرافه عنــد إبرامــها رأساً على عقب ، لأن من يبرم عقداً وفق قانون معمول به ، إنما يقدر مدى ما له وما عليه وفقاً لما يقضي به هذا القانون ، وليس بمقدور المتعاقدين أن يتوقعــوا تغيير التشريع في المستقبل ، أو على أي نحو سوف يتغــير ، حتــى يؤسســوا مراكزهم القانونية على ذلك التغيير المحتمل ، ولو ان هذا قد أتيح لهم ، لكان ذلك قماراً وغرراً لا يمكن التسليم بوجوه مشروعيته ، وهم إنما يوازنون بين مراكزهم في العقد على ضوء القانون الساري الذي يستطيعون العلم به، ولذلك فإن المنطق والعدل يقتضي استمرار القانون الذي نشأت تصرفاتهم في ظله لحكم آثار عقودهم الممتدة ، حتى لا يؤدي أعمال القانون الجديد إلى إخلال بالتوازن فــي المراكــز القانونية مما يقود إلى ظلم فادح .

ولا يصح الإخلال بالثقة المشروعة التي يضعها الأفراد في قوة عقودهــم ، وفيما يترتب عليها من آثار ، لأنها عنصر أساسي في كل تنظيم قانوني ، وهــي توجب أن يطمئن المتعاقدون على مراكزهم القانونية الناشئة منه ليس في الحــال فقط ، بل وفي المآل أيضاً ، ولو جاز أن يخل المشرع بهذه الثقة وفق مشــيئته ، لكان في هذا أكبر الضرر والاضطراب ، بل والقلاقل للمعاملات القانونية [1] .

---

(١) في هذا المعنى : د. عبد المنعم البدراوي – ص ١٨٠ وما بعدها .

وهذا الاستثناء الخاص بالروابط العقدية يطبق على كل العقود التي لا تترتب آثارها عند انعقادها ، وإنما يستمر تنفيذها مدة من الزمان ، كعقد القرض ، وعقد الإيجار ، وعقد العمل ، وعقد المقاولة ، وغيرها ، فهي تخضع لقانون واحد من وقت إنشائها حتى تاريخ انقضائها ، دون أن تتأثر بأي تشريع مستقبل ، وذلك استثناء من المبدأ العام الذي يقضي بوجوب تطبيق القانون الجديد تطبيقاً فورياً .

استثناء من استثناء استمرار القانون القديم :

والاستثناء الذي أورده أصحاب النظرية الحديثة لاستمرار القانون القديم في حكم آثار لا لروابط العقوبة التي نشأت في ظله ، لم يسلم من التقييد بل الاستثناء. حيث بدا لهم أن إعماله على إطلاقه ، والقول باستمرار القانون القديم في اصطحاب الروابط العقدية حتى تمام تنفيذها وانقضائها استثناء من الأثر الفوري للتشريع الجديد ، قد يؤدي في بعض الأحيان إلي الخلل في توحيد المراكز القانونية التي يحرص التشريع على خضوعها لنظام قانوني موحد . وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تقييد إطلاق هذا الاستثناء ، لكن كيف ؟ ، ذلك ما اختلف الرأي فيه بين الفقهاء ، ويمكن رد أقوالهم فيه إلى اتجاهين :

أولهما : يفرق بين المركز التعاقدي والنظام القانوني :

وقد قال بتلك التفرقة طائفة من أنصار النظرية الحديثة منهم صاحبها ومبتكرها الأستاذ (روبيه) Roubier ، الذي نادى بضرورة التفرقة بين النظام التعاقدي أو المركز التعاقدي والنظام القانوني ، وتبياناً لذلك فإنه ومن معه يقولون :

(١) هناك طائفة من العقود يستقل المشرع بتنظيمها ، وتنظيم ما يترتب عليها من آثار مثل عقد الزواج ، والعقود التي ترد على الملكية ، والحقوق العينية من حيث نظام الملكية ومداه ، وعقد العمل ، ويقتصر دور الإرادة فيها على مجرد قبول الدخول في النظام القانوني ، ثم يتولى المشرع بعد ذلك تنظيم الآثار بطريقته ، ولذلك فإن تلك الطائفة من العقود تدخل فيما سماه الأستاذ (روبيه) : بالنظام القانوني ، وما دام المشرع هو الذي يستقل بتنظيم هذه العقود ، يكون من الطبيعي أن تخضع هذه العقود في جميع الأحوال لكل تنظيم يراه المشرع في

أي وقت ، ولا يقبل أن يميز فيها بين ما نشأ قبل صدور القانون الجديد ـ فوري ، وما نشأ بعده فيطبق في الحالتين بأثر فوري .

فالقوانين المنظمة للزواج ، والحقوق العينية كالملكية وما يتفرع عنها من حقوق ، وعقد العمل ، والسعر الإلزامي للنقود الورقية ، وصلة الإدارة بموظفيها ، يجب على التشريع الجديد أن يتناولها بالتنظيم الفوري ، لأنها أنظمة قانونية يستقل التشريع بتنظيمها ، ويقتصر دور الإرادة على الدخول فيها ، ولهذا كان من الطبيعي أن يحتفظ المشرع دائماً بسلطانه في تنظيمها .

(٢) وأما العقود التي يستقل الأفراد بتنظيمها ، فإنها هي التي تستثنى من قاعدة الأثر الفوري المباشر للتشريع ، وفيها يستمر القانون القديم ليحكم آثارها وانقضاءها لأن القانون إذا كان قد ترك لإرادة الأفراد تنظيم هذه العقود يكون قد سمح بتفاوتها واختلافها في التنظيم دون حرص على توحيدها ، ومن ثم تنتفي فيها الحكمة من تقرير الأثر المباشر للقانون ، وذلك هو الشأن في معظم العقود التي تجري في المعاملات المالية ، فهذه العقود لا يطبق عليها القانون الجديد حتى ولو تضمن قواعد آمرة تتصل بالنظام العام ، إذ العبرة في تحديد المركز القانوني يكون صاحبه في مركز تعاقدي أو قانوني ، وليس بكون القانون آمراً أو ليس آمراً [1] .

ثانيهما : يجب تقييد العقود بالنظام العام :

وهذا القيد هو ما قال به جانب آخر من الفقه ، ومضمون ما ذهبوا إليه : أنه حيث يتعلق القانون الجديد بالنظام العام فإنه يجب تطبيق القانون تطبيقاً فورياً ، ليس فقط على العقود والتصرفات التالية لصدوره ، بل على الآثار الممتدة للعقود

---

(١) قرر ذلك الأستاذ (روبيه) ، وقوله هذا محل نظر ، لأن فكرة النظام العام هي أساس التقسيم القانوني ، وتصور انفصال بينهما يؤدي إلى عكس ما يهدف إليه ، لأنها ستؤدي إلى احتمالات المراكز القانونية في الأمور التي يرى المشرع أنها تشكل نظاماً عاماً في المجتمع لا يسمح لإرادات الأفراد بالخروج عليه . وهذا فإن الأمر إذا تعلق بالنظام العام يجب أن يخضع ه ... لإرادة الأفراد . ويطبق القانون الجديد عليه فوراً ومباشرة ، ولذلك فإن الفقه قد عدل عن فكرة الأستاذ روبيه إلى فكرة النظام العام ولكن بعد أن وضع الحد على أساس التفرقة بين القواعد الآمرة ، والقواعد المكملة .

والتصرفات التي أبرمت قبله ، لكنهم عند تقرير فكرة النظام العام ينظرون إليها في أضيق نطاق ، ويعطونها مدلولاً أضيق من المدلول العادي لها ، والـــذي يســـتمد أساسه من التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة ، فلا يعتبر مـــن النظـــام العام عندهم سوى القوانين التي تحمي مصالح عامة فقط ، دون تلك التي تحمـــي مصالح خاصة ، ومن ثم فإنهم لا يسمحون بتطبيق القانون تطبيقاً مباشراً وفوريــاً إلا إذا كان تطبيق القانون القديم ينطوي على إهدار المصلحة عامة أو يؤدي إلـــى خطورة على النظام الاجتماعي العام .

خلاصة مضمون النظرية الحديثة :

ويمكن تلخيص مضمون النظرية الحديثة في أنه ليس للقانون أثر رجعي ، فلا يجوز أن يرجع إلى الماضي ليحكم ما وقع قبل نفاذه ، بل إن الوقائع والآثـــار التي نشأت في ظل قانون قبله تظل محكومة بهذا القانون القديم .

ومن جهة أخرى فإن القانون الجديد يسرى بأثر فوري على كل ما يقع من تصرفات أو آثار تترتب عليها في المستقبل ، أو تترتب مستقبلاً على وقائع نشأت في ظل القانون القديم ، واستثناءً من الأثر الفوري للقانون الجديد ، يستمر تطبيق القانون القديم بأثر ممتد بعد إلغائه ليحكم العقود التي نشأت في ظله مـــن حيـــث آثارها المستقبلة وانقضائها ، إلا أن يتصل العقد بمركز قانوني ، أو بالنظام العـــام (بمعنى ضيق) فعندئذ تعود إلى القاعدة العامة التي تقضي بتطبيق القانون الجديد تطبيقاً فورياً مباشراً (١) .

تقييـــم النظـــرية الحديثـــة :

استطاعت النظرية الحديثة أن تحظى برضا الفقه ، حيـــث وجـــد فيـــها محتـــوى لمجموعة من المميزات التي تتميز بها عن غيرها ، ومن ذلك :

(١) أنها قد ميزت بين الرجعية والأثر المباشر للقانون الجديد ، وانتهت إلـــى تطبيق القانون الجديد على كل ما يقع في المستقبل ، حتى الآثـــار المســـتقبلية

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ١٨٤ وما بعدها .

لوقائع قديمة ، لا يعتبر من قبيل الرجعية ، بل هو إعمال للأثر المباشر للتشريع الجديد ، ذلك في الوقت الذي خلطت فيه النظرية التقليدية بين هذين الأمرين .

(٢) كما تلافت القول بمعيار الحق المكتسب ومجرد الأمل ، وهو معيار تحكمي وغامض ، ولا أساس له قانوناً .

(٣) ثم إن ما ذهبت إليه ، وهو تطبيق القانون الجديد بأثر فوري ومباشر - يتفق مع نية المشرع ، ومع ما ينبغي أن يتوافر للروابط القانونية من ترحيب في نظامها القانوني .

(٤) لم تهمل مبدأ سلطان الإرادة في الروابط العقدية فقررت استمرار القانون القديم لحكمها ، ومع ذلك فإن تلك النظرية لم توفق في المعيار الذي اقترحته لتحديد نطاق الأثر المستمر للقانون القديم ، والأثر الفوري للقانون الجديد بالنسبة للروابط الناشئة عن العقود ، فقد فرق الأستاذ (روبيه) فيها بين النظام القانوني والنظام العقدي ، وهي تفرقة غامضة ليس من السهل تفريدها في كثير من الأحيان .

وحين أراد جانب آخر من أنصارها إحلال معيار آخر هو معيار النظام العام، أعطوا له مدلولاً ضيقاً عن مدلوله العادي ، فأخرجوا من مدلوله بعض القواعد التي يجري الفقه والقضاء على اعتبارها قواعد آمرة لا يجوز الخروج عليها لاتصالها بالنظام العام .

رأينا في النظرية الحديثة :

ونحن نرى أن النظرية الحديثة كوسيلة فقهية لحل تنازع القوانين من حيث الزمان هي التي تلائم التطور القانوني المنتظر ، كما أنها تنسجم مع النظام القانوني ككل ، وذلك كما يلي :

أولاً : أن القانون عمل تشريعي يصدر عن هيئة تأتلف من أفراد ، وهؤلاء الأفراد مهما أوتوا من العلم والخبرة والكياسة ، ليس لديهم من الإحاطة الكافية التي يمكن أن تلم بكل جوانب التشريع الذي يقومون بصياغته ، خاصة وأنه يتناول أموراً سوف تقع في المستقبل ، وهو غيب عن البشر ، ومن ثم كان عملهم فيه قاصراً ، ولا مجال لتلافي هذا القصور إلا بملاحقة التغيرات التي لم تكن متوقعة

وقت إعداد التشريع بما يلائمها منه عند وقوعها ، وتجاهل ذلك التطور أمر غير سائغ ، ومن ثم فإنه لا يستقيم معه القول ببقاء التشريع الوضعي القديم ليحكم تلك الروابط ، ومع ما استبان من عجزه ، وعدم قدرته على النحو الذي أدى إلى استصدار تشريع جديد يعالج عجزه وقصوره ، فإذا ما حكمنا على هذا التشريع الجديد بما يقيد حركته ويحد من مهمته . يكون ذلك ضد طبيعة الأشياء فالتطور القانوني يقتضي الأخذ بالنظرية الحديثة .

ثانياً : أن النظام القانوني لا يجوز أن يتجاهل الواقع ، كما أنه لا يجوز أن يتغافل عن طوارئ الأحداث وما تجرى به الأقدار على غير علم الأفراد ، بل ومشيئتهم . وقد هيأ ذلك النظام القانوني بناءه على أساس مواجهة تلك التغيرات الطارئة بما يقوى على مواجهتها ، ويعالج المراكز القانونية على ضوئها بما يحقق أقصى كسب ويتلافى أبلغ خسارة ، وذلك في حدود العدل الذي يتعين المصير إليه في ظل الطوارئ الجديدة التي تطيح بالمراكز القانونية التي أرتآها الأفراد وقت قيامها . والتي لا يمكن القول معها : إن ثمة مركزاً قانونياً محصناً دائماً من تلك الطوارئ . بل إن أقوى المراكز القانونية ، وهو حق الملكية يمكن أن يعتريه منها ما يجعله هباء ، بل ولربما تنتقل به من منزلة الحق إلى مجال آخر . يرهق صاحبه من أمره عسراً ويقلبه وبالاً عليه والتزاماً في عنقه وليس ميزة له . هذا المعنى القانوني الذي يقوم على أساس استيعاب المتغيرات الجديدة وتقديم الحلول القائمة لها من خلال بعض الأفكار القانونية مثل نظرية الفسخ . ونظرية البطلان ونظرية الظروف الطارئة ، إنما يستقيم معه ما تقضي به النظرية الحديثة . حيث تعتبر في إطار هذا المعنى القانوني العام عملاً مقبولاً وحلاً مرضياً .

ثم إنها في النهاية تبرز ما في التشريع الإسلامي من كمال جعله ثابتاً ثبوتاً شامخاً لا يعتريه التغيير ، ولا تتطاول إليه معاول النقد مع قدرته على مواجهة المتغيرات الطارئة دون حاجة إلى تعديل فيه ، أو خروج عليه. وهذا أمر عادي فيه . لأن الذي شرعه هو الله تعالى ، وهو - سبحانه - حين شرعه لم يكن يحول دونه . ودون إدراك الغيب الذي سيقع في ملكه حاجب ، فهو - سبحانه - الذي يعلم السر وأخفي ، له غيب السماوات والأرض ، ولا شك أن تشريعاً يصدر من هذا العليم الخبير الذي يعلم خائنة الأعين وما تضمره الصدور ، وتتقلب إليه الأيام . لا يمكن

إلا أن يكون محكماً ، ومحصناً من التغيير والتبديل ، وقادراً على ملاحقة التطورات التي تحدث في حياة الناس إلى يوم الدين بل إن حياة الناس بتغيرها وتطورها هي التي تفرض وجوده .

ثالثاً : كما أن تلك النظرية ينبغي أن يعتريها من التعديل الذي يتلافى ما يمكن أن يؤخذ عليها من نقد ، سيما ما يتعلق بمفهوم فكرة النظام العام التي بدت محدودة فيها ، ويجب أن يؤخذ بها في إطار مدلولها العادي الذي يقوم على أساس التفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة ، والأولى ؛ لا يجوز أن يسمح للأفراد بالخروج عليها والقوانين الصادرة ، بشأنها يجب أن تطبق بشكل فوري ومباشر ، الثانية ؛ هي التي تسمح للأفراد بالخروج عليها ، ويجوز أن يختلف النظر بشأنها، ويظل القانون القديم حاكماً لها .

رابعاً : وفيما يتعلق بقاعدة عدم رجعية التشريع ، فإنه من المقرر أن القانون الجديد لا يجوز أن يرجع إلى الماضي ليعيد النظر في الوقائع التي نشأت قبل العمل به ، أو في الآثار التي ترتبت بالفعل ، ولا يرد على هذه القاعدة إلا الاستثنائين المقررين بالقانون وهما :

(١) نص المشرع ، فمن المعروف أن المبدأ يخاطب المفسر والقاضي ولا يخاطب المشرع ، فيجوز له أن يخرج عليه بموافقة أغلبية أعضاء المجلس ، وفي غير المواد الجنائية .

(٢) القانون الجنائي الأصلح للمتهم ؛ والمنصوص عليه في المادة (٥) من قانون العقوبات ، وأما القوانين التفسيرية فإنها - على الرأي الراجح في الفقه - لا تمثل استثناء من مبدأ عدم رجعية التشريع ، لأنها لا تتضمن حكماً جديداً ، وإنما تفصح عن قصد المشرع الحقيقي ولذلك فإنها تعتبر جزءاً من التشريع الذي تفسره ويرتبط تاريخها بتاريخه .

مثلان تطبيقيان على النظرية الحديثة :

ونود أن نوضح منهج النظرية الحديثة في فض التنازع الزماني بين التشريعين فنسوق مثلين أحدهما يتعلق بنص آمر ، وثانيهما يتعلق بنص مكمل :

(١) النص الآمر يتعلق بالظروف الطارئة :

نظم المشرع الظروف الطارئة بنص آمر في المادة (١٤٧) مدني ، فقـــال : " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثـــها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف . وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك . وهذه المادة تشير إلى نظرية الظروف الطارئة ، ويبدو من نصها أنه آمر لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، ولهذا فإنها تنطبق على كافة العقود التي أبرمــت قبــل العمل بالقانون المدني الجديد والتي أبرمت بعده .

(٢) القاعدة القانونية المكملة :

والقانون الجديد لا يطبق – وفق للنظرية الحديثة – علـــى القواعـد المكملـة . فيستمر القانون القديم في حكمها . وعلى هذا فإن نص المادة (٥٦٧) من القانون المدني الجديد الذي يلزم المؤجر بتعهد العين المؤجرة بالصيانة . وأن يقوم بجميع الترميمات الضرورية ، مخالفاً لما كان القانون المدني القديم يقضي به في المـادة (٣٧) التي كانت تنص على أن المؤجر لا يلتزم بعمل أي مرمة كانت . لن يســري على العقود التي أبرمت في ظل القانون القديم ، لأن النص مكمل وليس امـــرا . ومن ثم فإنه يظل خاضعاً للقانون الذي نشأ في ظله .

الفرع الثاني

الوسيلة التشريعية لفض التنازع

اهتم المشرع المصري بوضع الحلول لبعض مسائل تنازع القوانين في الزمان ، وقد أورد بعضاً من تلك الحلول في القانون المدني ، بالباب التمهيدي ، المواد من (٦ إلى ٩) ، حيث عالجت تلك المواد تنازع القوانين في مسائل الأهلية والتقادم والإثبات ، كما ورد في قانون المرافعات بعض المواد الخاصة بحل التنزاع في مجال الاختصاص والإجراءات .

أولا : تنازع القوانين في مسائل الأهلية :

نصت المادة (٦) من القانون المدني على أنه :

(١) النصوص المتعلقة بالأهلية تسري على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في هذا الخصوص .

(٢) وإذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة ، فإن ذلك لا يؤثر في تصرفاته السابقة " .

ويبدو من هذا النص ، أن القانون المنظم للأهلية يسري بأثر فوري ومباشر على جميع الأشخاص ليستوي منهم من كان قد بلغ السن ومن لم يبلغ ، فمن كان قد بلغ ثماني عشرة سنة بناء على قانون ١٩٢٥ ، يعود قاصرا ، وبالنسبة لتصرفاته التي قام بإبرامها وهو كامل الأهلية بالنسبة للقانون القديم ، وبعد أن عاد قاصرا بالقانون الجديد تظل صحيحة لا يؤثر فيها الإعمال المباشر والفوري للقانون الجديد ، وكذلك إذا صدرت تصرفات من شخص يعتبره القانون ناقص الأهلية بقيت هذه التصرفات باطلة أو قابلة للإبطال حتى ولو أصبح هذا الشخص رشيدا نتيجة تخفيض سن الرشد وفقا للقانون الجديد ، فلو أن قاصرا بلغ عشرين سنة أبرم تصرفا ، كان هذا التصرف قابلا للبطلان حتى لو صدر قانون جديد بتخفيض سن الرشد إلى أقل من عشرين سنة ، فمثل هذا الشخص ولو أنه أصبح رشيدا وعقد التصرف في سن يعتبرها القانون الجديد هي سن الرشد ، إلا أن

تصرفه نشأ قابلاً للإبطال في ظل القانون القديم ، فيظل كذلك ، ويستطيع هذا الشخص أن يطلب إبطاله ، وهذا تطبيق لفكرة عدم رجعية القانون الجديد .

ثانياً : تنازع القوانين في موضوع التقادم :

تنص المادة (٧) مدني ، على أنه :

(١) " تسري النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل .

(٢) على أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة".

وتنص المادة (٨) على ما يأتي :

(١) " إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو كانت المدة القديمة قد بدأت من قبل ذلك .

(٢) أما إذا كان الباقي من المدة التي نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي " .

والتقادم : هو طريقة لاكتساب الملكية وبعض الحقوق العينية كالارتفاق والانتفاع عن طريق حيازتها مدة يحددها القانون ، بنية تملكها وبشروط حددها القانون ، وهذا هو التقادم المكسب ، كما أن التقادم قد يكون - أيضاً - وسيلة لانقضاء الحقوق الشخصية (الالتزامات) وبعض الحقوق العينية كالارتفاق والانتفاع . إذا مضى على استحقاقها أو عدم استعمالها مدة يحددها القانون في كل حالة . وهذا هو التقادم المسقط .

ولما كان التقادم لا يتم إلا بعد مضي مدة من الزمان كان من الجائز أن يصدر قانون جديد يعدل في أحكامه ، وهذا التعديل قد ينصب على مدة التقادم فيعدلها طولاً أو قصراً ، أو على شروط التقادم الأخرى فيجيز اكتساب حقوق التقادم أو سقوطها به ، في حين أن القانون القديم كان لا يجيز ذلك أو العكس ، وقد تكتنف

المادتان المذكورتان بحل هذا التنازع ، ويمكن استخلاص هذا الحل في الأحكام الآتية :

(١) التقادم الجديد يبدأ سريانه وفق القانون الجديد وينطبق عليه من جميع الوجوه .

(٢) التقادم الذي تمت مدته في ظل القانون القديم يعتبر مكتسباً في ظله ، ولا دخل للقانون الجديد به .

(٣) التقادم الذي لم تكتمل مدته عندما جري العمل بالقانون الجديد ، ووفقاً للمادة (٧) من القانون المدني ، فأن النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم تسري من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل ، وبناء على هذا فإنه :

(أ) إذا منع القانون الجديد كسب الشيئ ، أو الحق بالتقادم امتنع بعد ذلك على الحائز إتمام التقادم على سبيل التمسك به ، وكذلك إذا منع القانون سقوط حق بالتقادم .

(ب) إذا أطال القانون الجديد مدة التقادم ، فإن التقادم لا يتم إلا باستكمال المدة الجديدة محسوباً فيها المدة السابقة على صدوره .

(ج) إذا قرر النص الجديد مدة أقصر للتقادم مما قرره النص القديم ، فالأصل أن المدة الجديدة تسري كاملة من وقت العمل بالنص الجديد ، ولو أن المدة القديمة كانت قد بدأت قبل ذلك ، ومن ثم يبدو أن الأمر يتوقف على قدر الباقي لاكتمال التقادم الذي بدأ في ظل القانون القديم ، فإن كان هذا الباقي أطول من المدة الجديدة بأكملها ، وجب صرف النظر عن المدة التي جرت من التقادم في ظل القانون القديم ، وتبدأ مدة جديدة ابتداء من العمل بالقانون الجديد على أساس المدة القصيرة التي يقررها ، أما إذا كان هذا الباقي أقصر من المدة الجديدة فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي .

ثالثاً : فض التنازع في مجال الإثبات :

تنص المادة (٩) من القانون المدني على أنه : " تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدماً ؛ النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل ، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه إعداده " ، وهذه المادة تبين حكم تنازع القوانين

المنظمة للأدلة التي تعد مقدما في الزمان ، والدليل الذي يعد مقدماً ، هو الدليل الذي يعده الطرفان وقت التصرف لإثباته في حال حدوث نزاع بينهما في المستقبل.

والمادة المذكورة تعول على القانون الذي نشأ التصرف في ظله ، فتجعله حاكماً له في انعقاده وصحته وإثباته ، ولا يجوز للقانون الجديد أن يرجع إلى الوراء ليحكم هذه المسائل وإلا كان ذا أثر رجعي ، وهو أمر لا يجوز ، ويترتب على خضوع الدليل المعد مقدماً للقانون الذي أعد في ظله أو كان واجباً إعداده في ظله ما يلي :

(١) إذا أنشأ القانون الجديد وسيلة جديدة للإثبات أو ألغى وسيلة كان يستلزمها القانون القديم ، فلا يجوز أن يكون له أثر بالنسبة للتصرفات التي انعقدت في ظله لأن القانون القديم هو الذي يحكمها.

(٢) إذا عدل القانون في نصاب الشهادة ، أو الكتابة ، فلا يجوز أن يسري هذا التعديل على إثبات التصرف الذي في ظل القانون القديم، وكذلك الأمر في حالة ما إذا شدد القانون الجديد في الإثبات فإنه لا يسري على التصرف الذي نشأ في ظل قانون قبله ، فإذا كان القانون القديم يستلزم الكتابة في إثبات الالتزام الذي تزيد قيمته عن مائة جنيه ، ثم صدر قانون جديد يستلزم الكتابة في كل تصرف يبلغ عشرين جنيهاً ، فإن المبلغ الذي يزيد عن ذلك يظل صالحاً لإثباته بدون الكتابة وفقاً للقانون القديم ، وإذا خفف القانون الجديد في أدلة الإثبات فرفع نصاب الشهادة إلى مائة جنيه أو خمسمائة جنيه كما هو معمول به الآن ، بدلا من مائة ، فإن التصرفات التي صدرت في ظل القانون السابق ، لا تخضع له ، وتظل خاضعة للإثبات بالكتابة ، وهكذا يبدو منهج المشرع في فض هذا النزاع الزماني .

الفصل الثاني

العرف كمصدر للتشريع

يعتبر العرف هو المصدر الثاني للتشريع ، ويمكن تعريفه بأنـــه : اعتيـاد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي الحياة الاجتماعية مع اعتقادهم بـأن هذا السلوك ملزم ، وأن من يخالفه يتعرض لجزاء يوقع عليه ، فالعرف عبارة عن عادات عامة ملزمة تقوم بتنظيم سلوك الأشخاص في المجتمع .

وعلى هذا فإن الناس إذا درجوا على اتباع عادة (ما) في مسألة معينـــة ، وتكرر هذا السلوك منهم مدة طويلة من الزمان ، واضطرد اتباعهم لـهذه العـادة حتى تترسخ في أذهانهم ، وتكون لديهم الاعتقاد بضرورة احترامها، فإنه يتولـد عن ذلك قاعدة قانونية مصدرها العرف.

ولقد كان العرف في المجتمعات البدائية يحتل المرتبـــة الأولـى كمصـدر للقانون ، لأنه المصدر الذي يلائم تلك المجتمعات نظراً لعدم وجود هيئـة تـهيمن على شئون الجماعة وتضع لهم القواعد التي تنظم سلوكهم .

غير أنه في الوقت الحاضر ، نجد أن العرف قد انحسر سـلطانه وأصبـح التشريع يحتل المرتبة الأولى بدلاً منه[1] .

ونعالج في تلك الدراسة ما يتصل بالعرف من الموضوعات ، وهي أركـان العرف، ومزاياه وعيوبه ، والفرق بينه وبين العادة الاتفاقيـة ، وأسـاس القـوة الملزمة للعرف، ودور العرف في القانون المصـري ، علـى أن نخصـص لكـل موضوع مبحثاً :

---

(1) د. جمال الدين العاقل – ص ١٢٤، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٦١، د. جمال الدين زكـي – فقرة ٦٣.

المبحث الأول

أركان العرف

استبان لنا أن العرف هو اعتياد الناس على اتباع سلوك معين فى ناحية من نواحى الحياة الاجتماعية بحيث يتولد عنه اعتقاد بأنه ملزم ، ولا يسوغ لأحد مخالفته .

ويبين لنا من هذا التعريف ، أن للعرف ركنين : أولهما : الركن المادي ، ويتمثل في اعتياد الناس على سلوك معين ، وثانيهما : الركن المعنوي ، ويتمثل في اعتقاد الناس بأن هذه القاعدة التى تولدت عن العرف قاعدة ينبغى احترامها وأنها ملزمة، ويجدر بيان ذلك :

أولاً : اعتياد الناس على السلوك :

يتمثل الركن المادى للعرف ، في اعتياد الناس على سلوك معين بشأن أمر من أمور حياتهم الاجتماعية بحيث تتولد لديهم عادة نتيجة اضطراد اتباعهم لهذا السلوك، وهذه العادة تبدأ اختياراً لمن مارسوها دون أن تفرض من سلطة معينة ، كما هو الحال بالنسبة للتشريع ، أو القواعد التي استقر عليها القضاء أو الفقه.

فقد يحدث أن يسلك بعض الأفراد طريقة معينة لتنظيم مسألة (ما) بوحي من ضمائرهم وعقولهم ، ومراعاة للظروف المحيطة بهم ثم يتكرر هذا المسلك من غيرهم ، مقلدين لمن سبقهم ، ثم يفعل غيرهم ما فعله الذين قبلهم، وهكذا تتولد العادة بينهم وتثبت وترسخ فى المجتمع ويضطرد فعلها ، وتستقر وينشأ لدى الناس الشعور بضرورة احترامها ، ويتطلب الركن المادي للعرف ما يلي :

(١) ثبات الاعتياد على سلوك معين:

فينبغي أن توجد عادة تتألف من سلوك معين درج الناس على اتباعه استجابة لحاجة معينة ويتكرر منهم أى السلوك ويستمر فترة طويلة من الزمان

مثل : عادة قيام الزوجة بتأثيث منزل الزوجية في مصر، والعدات التـــي اتبعــها الناس في المآتم والأفراح.

ويجب أن يتوافر في العادة الاختيار والاضطراد منذ القدم ، ويقصد بالاختيار أن تنشأ العادة مما يأتره الأفراد لأنفسهم من تصرفات في ضوء الظروف المحيطة بهم ، وألا يكون هذا السلوك مفروضاً عليهم من سلطة تجبرهم عليه أو موحى به من جهة معينة[1] ، وينبغي أن يضطرد اتباع الناس للسلوك على وتـيرة واحـدة حتى تتكون العادة، وتستمر فترة طويلة تستغرقها وتصبح ملزمة .

(٢) أن يكون الاعتياد عاماً :

ويشترط في العادة أن تكون عامة غير متعلقة بفئة من الناس بل يتبعـــها أغلبيتهم ولا يشترط أن تكون متبعة في جميع أقاليم الدولة ، بل يجوز أن تكـــون خاصة بإقليم معين ، ويكفى أن تكون متبعة بين طائفة معينة كأرباب مهنة معينـــة كالتجار أو الصناع وغيرهم ، لأن العرف قد يكون عرفاً محلياً أو طائفياً ، ويكـون معتبراً في كل حالة دون أن يخل هذا بصفة العموم التي يجب توافرها في العـــادة المكونة له .

(٣) أن يكون الاعتياد في مجال السلوك الاجتماعي :

لا يكفى أن توجد العادة ، وإنما ينبغي أن تكون هذه العادة اجتماعيـــة ، أي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع وبخاصة مجال المعاملات وعلى ذلك فإن العادة إذا كانت مقتصرة على السلوك الفردي ، كالأكل بطريقة معينة ، أو التحدث بطريقـــة خاصة فإنها لا تكون عرفاً لعدم اتصالها بتعامل الأفراد .

---

[1] د. جمال الدين العاقل – ص ١١٦؛ د. سليمان مرقس – ص ٢١٣، د. عبد الحي حجازي – فقرة ١٩٧، د. حسن كيرة – فقرة ٧٤.

(٤) عدم مخالفة العادة للنظام العام :

كما يجب أن تتوافق العادة مع النظام العام والآداب ، فإذا خالفت ذلك مثل عادة الأخذ بالثأر المتعارف عليها في بلاد الصعيد ، فإنها لا تعد عرفاً رغم قدمها واستقرارها في ضمير الجماعة ، لمخالفتها للنظام العام والآداب .

ثانياً : الركن المعنوي (الإلزام) :

لا يكفي أن يتوافر الركن المادي بشروطه المتقدمة لنشوء العرف وإنما يجب أن يتوافر أيضاً الركن المعنوي ، وهو ما يعبر عنه بركن الإلزام ، ويراد به اعتقاد الناس بأن ما ساروا على اتباعه وألفوه قد صار ملزماً لهم ، وأن هنالك جزاء مادياً سوف يوقع على كل من يخالفه .

ويلاحظ أن ركن الإلزام يفرق بين العرف ، وبين عادات اجتماعية لا تعتبر عرفاً . مثل : عادة تبادل الزيارات أو عادة إقامة الزينات في الأفراح والليالي الملاح ، فمثل تلك العادات لا تعد عرفاً لكونها غير ملزمة[1] ، ولا يشعر الناس بضرورة فعلها ، وإن كان ذلك الرأي محل اختلاف في البيئات المختلفة .

وجدير بالذكر ، أنه ليس من اليسير تحديد الوقت الذي يتوافر فيه ركن الإلزام ، لأن الاعتقاد الذي يتكون لدى الأشخاص أن العادة أصبحت ملزمة ينشأ تدريجياً ، ومن ثم قد تختلف وجهات النظر في الفقه والقضاء حول تحديد وقت تحقق هذا الإلزام، لكنه يستقر برضا الناس عنه وتعاملهم به وتطبيق القضاء له .

---

[1] د. جمال الدين العاقل – ص ١١٧، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ١٢٧، د. جمال الدين زكي – ص ١١٩، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٣٥؛ د. شمس الدين الوكيل – ص ١٨٢.

المبحث الثاني

تفريد العرف عن العادة الاتفاقية

إذا كان العرف هو اعتياد الناس على نوع معين من السلوك درجوا على اتباعه زمناً مع الاعتقاد بأنه ملزم ، وأن مخالفته تستتبع توقيع جزاء مادى ، فإن العادة الاتفاقية تعرف بأنها الاعتياد على إتيان نوع معين من السلوك دون الشعور بأنه ملزم[1] .

فإذا كان من شروط وجود العرف توافر ركنين مادى ومعنوي ، فإنه في العادة الاتفاقية يكفى قيام الركن المادى المكون للعرف ، دون الركن المعنوي ، وهذا ما يميز العادة الاتفاقية عن العرف .

ومن العادات ما يعرف بالعادة الاجتماعية ، كتقديم الهدايا في المناسبات وتبادل الزيارات والمشاركة في السراء ، والمشاطرة في الضراء ، وما يعتاده الناس في ملابسهم وطريقة أكلهم ، وغير ذلك من العادات غير الملزمة ، والتي لا تعتبر في حد ذاتها قواعد قانونية .

ومن أمثلة تلك العادات، ما جرت به العادة على أن تباع الفاكهة على أساس المائة حبة ، واختلاف العادة من جهة إلى أخرى ، ففي بعض الجهات ، تباع المائة على أنها مائة ، وفي البعض الآخر على أساس أنها مائة وعشرة أو عشرون أو ثلاثون ، وكذلك الأمر فيما جرى به العرف من قيام رواد بعض الأماكن العامة كالفنادق والمطاعم والمقاهي ، بدفع نسبة معينة من قيمة الحساب على سبيل (الوهبة) ، البقشيش للقائمين بالخدمة في هذه المحلات ، وكادت هذه العادة أن تتحول إلى عرف ملزم .

---

[1] د. حسن كيرة -ص ١٥٣، د. أحمد سلامة – ص ١٠٩، د. توفيق فرج – ص ١٣٤، د. عبد الحي حجازى – فقرة ٢٠٥، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ١٠١، د. جمال الدين زكي – ص ١٢١، د. شمس الدين الوكيل – فقرة ١١١، د. جميل الشرقاوى – ص ١٤٠، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٦٤.

والعادة الاتفاقية لا تلزم إلا بالاتفاق الصريح عليها فيما بينهم ، أو يستبين من ظروف التعاقد إن إرادتهم قد اتجهت إلى الأخذ بها ضمناً ، وذلك كأن يعلم كل منهم بوجودها ، ولا يتفقان على استبعادها .

وقد نص المشرع المصرى على حكم العادة الاتفاقية وأحال عليها فى بعض الأحوال ، ومن ذلك ما تقضى به المادة (٤٣٢) من التقنين المدنى حين قالت : "ملحقات الشيئ المبيع التي يلزم تسليمها معه للمشترى ، تتحدد بعرف الجهة " ، والمراد به هنا هو العادة ، فهذه الإحالة التشريعية تعتبر حكماً مكملاً لإرادة الطرفين ، وبالتالي فإن الحكم يجب اتباعه إذا لم يتفق الأطراف على استبعاده ، أما بالنسبة إلى العادة الاتفاقية التى لم ترد بشأنها إحالة تشريعية ، فإنها لا تنطبق إلا إذا اتجهت إلى تطبيقها الإرادة الصحيحة أو الضمنية للأفراد [1] .

آثار التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية :

ويترتب على التفرقة القائمة بين العرف والعادة الاتفاقية ، أنه إذا توافرت فى العرف الشروط المذكورة ، نشأت عنه قاعدة قانونية ملزمة ، وهو على هذا الأساس يطبق على الأشخاص سواء قصدوا تطبيق حكمه أم لا ، ما لم يكن متضمناً لقاعدة مقررة ، أما العادة فإنها ليست قانوناً ، وينبني على هذا أنها لا تلزم الأفراد إلا إذا اتفقوا على اتباع حكمها ، ويترتب على افتقاد ركن الإلزام فى العادة الاتفاقية نتائج يمكن إجمالها فيما يلي :

أولاً : يعذر الجاهل بالعادة ، ولا يعذر بالعرف :

إن العرف قانون ، ولهذا فإنه لا يقبل من أحد أن يعذر بجهله له . أما العادة الاتفاقية فإنها ليست كذلك ، ولهذا يعذر الأفراد فى ادعاء الجهل بها إلا إذا اتفقوا عليها صراحة أو ضمناً ، وهذا ما يؤكد ضرورة علم كل منهما بأحكامها .

---

(١) د. حسن كيرة – ص ١٥٣، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٣٧، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ١٣٠، د. توفيق فرج – ص ١٣٤ وما بعدها، د. عبد الرازق فرج – ص ٥٦ وما بعدها، د. جمال الدين العاقل – ص ١١٩ وما بعدها.

المبحث الثاني

تفريد العرف عن العادة الاتفاقية

إذا كان العرف هو اعتياد الناس على نوع معين من السلوك درجوا على اتباعه زمناً مع الاعتقاد بأنه ملزم ، وأن مخالفته تستتبع توقيع جزاء مادى ، فإن العادة الاتفاقية تعرف بأنها الاعتياد على إتيان نوع معين من السلوك دون الشعور بأنه ملزم[1] .

فإذا كان من شروط وجود العرف توافر ركنين مادى ومعنوي ، فإنه في العادة الاتفاقية يكفى قيام الركن المادى المكون للعرف ، دون الركن المعنوي ، وهذا ما يميز العادة الاتفاقية عن العرف .

ومن العادات ما يعرف بالعادة الاجتماعية ، كتقديم الهدايا في المناسبات وتبادل الزيارات والمشاركة في السراء ، والمشاطرة في الضراء ، وما يعتاده الناس في ملابسهم وطريقة أكلهم ، وغير ذلك من العادات غير الملزمة ، والتي لا تعتبر في حد ذاتها قواعد قانونية .

ومن أمثلة تلك العادات، ما جرت به العادة على أن تباع الفاكهة على أساس المائة حبة ، واختلاف العادة من جهة إلى أخرى ، ففي بعض الجهات ، تباع المائة على أنها مائة ، وفى البعض الآخر على أساس أنها مائة وعشرة أو عشرون أو ثلاثون ، وكذلك الأمر فيما جرى به العرف من قيام رواد بعض الأماكن العامة كالفنادق والمطاعم والمقاهي ، بدفع نسبة معينة من قيمة الحساب على سبيل (الوهبة) ، البقشيش للقائمين بالخدمة في هذه المحلات ، وكادت هذه العادة أن تتحول إلى عرف ملزم .

---

[1] د. حسن كيرة –ص ١٥٣، د. أحمد سلامة – ص ١٠٩، د. توفيق فرج – ص ١٣٤، د. عبد الحى حجازى – فقرة ٢٠٥، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ١٠١، د. جمال الدين زكى – ص ١٢١، د. شمس الدين الوكيل – فقرة ١١١، د. جميل الشرقاوى – ص ١٤٠، د. عبد الودود حسن فرج – ص ٦٤.

والعادة الاتفاقية لا تلزم إلا بالاتفاق الصريح عليها فيما بينهم ، أو يستبين من ظروف التعاقد إن إرادتهم قد اتجهت إلى الأخذ بها ضمناً ، وذلك كأن يعلم كل منهم بوجودها ، ولا يتفقان على استبعادها .

وقد نص المشرع المصرى على حكم العادة الاتفاقية وأحال عليها فى بعض الأحوال ، ومن ذلك ما تقضى به المادة (٤٣٢) من التقنين المدنى حين قالت : "ملحقات الشيئ المبيع التي يلزم تسليمها معه للمشترى ، تتحدد بعرف الجهة " ؛ والمراد به هنا هو العادة ، فهذه الإحالة التشريعية تعتبر حكماً مكملاً لإرادة الطرفين ، وبالتالي فإن الحكم يجب اتباعه إذا لم يتفق الأطراف على استبعاده ، أما بالنسبة إلى العادة الاتفاقية التى لم ترد بشأنها إحالة تشريعية ، فإنها لا تنطبق إلا إذا اتجهت إلى تطبيقها الإرادة الصحيحة أو الضمنية للأفراد [1] .

آثار التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية :

ويترتب على التفرقة القائمة بين العرف والعادة الاتفاقية ، أنه إذا توافرت فى العرف الشروط المذكورة ، نشأت عنه قاعدة قانونية ملزمة ، وهو على هذا الأساس يطبق على الأشخاص سواء قصدوا تطبيق حكمه أم لا ، ما لم يكن متضمناً لقاعدة مقررة ، أما العادة فإنها ليست قانوناً ، وينبني على هذا أنها لا تلزم الأفراد إلا إذا اتفقوا على اتباع حكمها ، ويترتب على افتقاد ركن الإلزام فى العادة الاتفاقية نتائج يمكن إجمالها فيما يلى :

أولاً : يعذر الجاهل بالعادة ، ولا يعذر بالعرف :

إن العرف قانون ، ولهذا فإنه لا يقبل من أحد أن يعذر بجهله له . أما العادة الاتفاقية فإنها ليست كذلك ، ولهذا يعذر الأفراد فى ادعاء الجهل بها إلا إذا اتفقوا عليها صراحة أو ضمناً ، وهذا ما يؤكد ضرورة علم كل منهما بأحكامها .

---

(١) د. حسن كيرة – ص ١٥٣، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٣٧، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ١٣٠، د. توفيق فرج – ص ١٣٤ وما بعدها، د. عبد الرازق فرج – ص ٥٦ وما بعدها، د. جمال الدين العاقل – ص ١١٩ وما بعدها.

فهي لا تطبق إذا جهل المتعاقدان أو أحدهما وجودها ، ففي هذه الحالة تكون إرادتهما قد انصرفت عن التقيد بأحكامها .

ثانياً : يفترض العلم بالعرف ، ولا يفترض بالعادة :

ويترتب على كون العرف قانوناً، افتراض العلم به خاصة من جهة القاضي ، ومن ثم فإن عليه أن يطبقه من تلقاء نفسه دون أن يطلب أحد منه ذلك ، بل ولو لم يتمسك به الخصوم بينما العادة الاتفاقية لا يفترض العلم بها حتى يطبقها من تلقاء نفسه ، بل يجب على كل صاحب مصلحة أن يتمسك بها ويطالب بتطبيقها .

ثالثاً : لا يلزم الإثبات في العرف ، ويلزم في العادة :

العرف قانون ، والقانون لا يحتاج إلى إثبات ، ومن ثم فالعرف لا يحتاج إلى إثبات ، ومن المفروض أن يعلم القاضي به ، أما العادة الاتفاقية فلا تعتبر قانوناً ، وإنما هي شرط في العقد ، والشرط يقتضي ممن يتمسك به أن يثبت وجوده ، أو أن يكشف عن الظروف التي يستفاد منها أن إرادة الخصوم قد انصرفت صراحة أو ضمناً إلى العمل بها ، والتقيد بأحكامها .

رابعاً : تطبيق العرف يخضع لرقابة القضاء ، والعادة لا تخضع :

ولما كان العرف قانوناً فإن القاضي عند تطبيقه يخضع لرقابة محكمة النقض[1]، أما بالنسبة للعادة الاتفاقية، فهي لا تخرج عن كونها واقعة من الوقائع التي يترك أمر تقديرها لقاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض. وإن كانت رقابة محكمة النقض على تطبيق العرف محل خلاف ، ولهذا فقد ذهب كثير من الفقهاء المعاصرين إلى أن رقابة محكمة النقض تشمل ما يتعلق بسلامة تطبيق القاضي للعرف على النزاع المعروض أمامه، وما يتعلق أيضاً بإثبات وجوده[2] .

---

(1) د. منصور مصطفى منصور – ص ١٣٩، وقارن حكم النقض في حكم في تاريخ ١٨/٤/١٩٥٧، حيث قالت : " إن تقدير قيام العرف من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض " – المحاماة ٣٨-٤٣-٥-٢٤٢ .

(2) د. حسن كيرة – ص ٥٧١، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ١٣٤ وما بعدها . د. شمس الدين الوكيل – ص ١٨٨ ، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٦٨ .

المبحث الثالث

أساس الإلزام فى العرف

يعتبر العرف قاعدة قانونية تنشأ عن سلوك الأفراد أو اعتيادهم على اتباعه حتى يصبح ملزماً ، أي أنها قاعدة قانونية تنشأ على غير المنوال العادى الذى تصاغ فيه القاعدة القانونية وتتكون ، أو أنها عادة قانونية تتولد من غير مكان الولادة الطبيعي للقانون ، وذلك من شأنه أن يثير التساؤل حول الأساس الذى تستمد القاعدة العرفية منه قوتها الملزمة ، لقد اختلف الفقهاء فى هذا الشأن ، وانقسموا إلى ثلاثة أقوال : قول يرى أن القوة الملزمة للعرف ترجع إلى السلطة العامة ، ويرى آخرون : أن القوة الملزمة للعرف ترجع إلى أحكام القضاء ، وذهب قول ثالث : إلى أن أساس القوة الملزمة للعرف هو رضاء المجتمع، وينبغي بيان ذلك :

أولاً : الإلزام من السلطة العامة :

يرى أصحاب هذا الرأي : أن أساس القوة الملزمة للعرف تكمل في الإرادة المفترضة للسلطة العامة ، لأن هذه السلطة عندما تكفل احترام العرف إنما تقرر وترضى بوجوده رضاء مفترضاً ولما كان التشريع مؤسساً على الإرادة الواضحة الصريحة لتلك السلطة العامة فإن العرف يرجع في أصله إلى الإرادة المفترضة لها[1].

مناقشة هذا الرأي :

ويؤخذ على هذا الرأى ، أنه قد ثبت تاريخياً أن العرف أسبق في وجوده من التشريع حيث كان هو المصدر الأول للقانون فى المجتمعات القديمة ، وكانت

---

(1) د. عبد الودود فرج – ص ٦٩، د. جمال الدين العاقل – ص ١٢٥.

قواعده ملزمة قبل نشوء السلطة العامة بمعناها الحديث ، فكيف يمكن القول : بأن العرف ترجع قوته الملزمة إلى رضاء هذه السلطة ، وهو موجود قبل وجودها؟[1].

ثانيا : إقرار القضاء له :

يرى أنصار هذا الرأى أن القوة الملزمة للعرف يرجع أصلها إلى إقرار القضاء له ، فالعرف لا يكون ملزماً إلا إذا طبقه القضاء ، كما أن تدخل القضاء أمر لابد منه لنشوء العرف ، وهو قبل تطبيق القضاء له لا يكون سوى مجرد عادة [2].

مناقشة هذا الرأي :

وقد نوقش هذا الرأى ، بأنه لا ينسجم مع الواقع . لأننا لو صح أن العرف لا يكون ملزماً إلا بإقرار القضاء ، فإن التساؤل يثور . لماذا طبق القضاء العرف أول مرة إذا كان غير ملزم قبل تدخله ؟ ، إن من المؤكد أن العرف بمجرد أن يستجمع أركانه وشروطه يصبح قانوناً ملزماً وإلا لما طبقته الهيئات القضائية . وعلى ذلك فإن القضاء لا ينشئ العرف وإن كان له دور بارز في تكوينه . حيث يسهم في ظهوره ويساعد على استقراره، وذلك لأن العرف كثيراً ما يكون غير محدد فإذا ما عرض الأمر على القضاء وطبقه ، فإنه بعد ذلك يكون قد حدد معالمه وقرر وجوده ، وذلك إضافة إلى أن الأحكام القضائية إذا استقرت على قاعدة معينة في مسألة ما فإننا سرعان ما نجد أن الناس يسيرون في تصرفاتهم وفقا لما استقر عليه القضاء ، وينتهي بهم الأمر إلى اعتبار هذا السلوك ملزما [3] .

---

[1] د. أحمد سلامة – ص ١١٦ وما بعدها؛ د. منصور مصطفى منصور – ص ٢٥١؛ د. جمال الدين العاقل – السابق؛ د. عبد الرازق فرج – ص ٧١؛ د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ١٠٥؛ د. حسن كيرة – فقرة ٧٦؛ د. سليمان مرقس – ص ٢١٦.

[2] د. عبد الرازق فرج – ص ٧١؛ د. جمال الدين العاقل – السابق.

[3] في هذا المعنى د. جمال الدين العاقل – ص ١٢٦؛ د. حسن كيرة – ص ٢٥٧ وما بعدها؛ د. عبد الرازق فرج – ص ٧١.

ثالثاً : الإلزام أساسه رضاء الجماعة :

يرى أصحاب هذا الرأى ، أن أساس القوة الملزمة للعرف مستمد من رضاء الجماعة به ، فالعرف إنما يولد فى صورة عادات يتبعها الأفراد بمحض إرادتهم ، ومن تلقاء أنفسهم ، ويستمرون في اتباعها زمناً طويلاً حتى يشعرون بضرورة احترامها ، وأنها أصبحت ملزمة لهم ، وهذا دليل واضح على رضائهم بها رضاء ضمنياً [1] .

مناقشة هذا الرأي :

ويؤخذ على هذا الرأى أن الأفراد فى المجتمعات الحديثة لا يصنعون بأنفسهم القوانين ، وإنما يتنازلون عن هذا العمل إلى هيئة خاصة هى السلطة التشريعية ، وذلك مردود على هذا بأن تنازل الأفراد عن سلطة سن القوانين إلى الهيئة المذكورة لا يعنى أن يفقد المجتمع حقه فى هذا الشأن ، لأن تخويل السلطة التشريعية سن التشريعات نيابة عن المجتمع لا يترتب عليه سلب الأصيل هذا الحق، ومن ثم فإنه يحق للمجتمع اختلاق قواعد عرفية من العادات التى يتبعها الناس فترة طويلة من الزمان .

رأينا في الموضوع :

ونحن نرى أن أساس الإلزام في العرف يكمن في ألفة الناس لما اعتادوا عليه ، لأن ذلك الاعتياد – في حد ذاته – مأمون العاقبة بالنسبة لهم ، حيث كرروا فعله مراراً ، وفي كل مرة يقفون على تفصيلاته بدءا وانتهاء . ومن شأن الإنسان أنه إذا ألف شيئاً أحب فعله ، وارتاح لتكراره ، وليس من الطبيعي أن يترك الإنسان ما يحبه ويرتاح لتكراره ويعلم نهايته ونتيجته بأمر جديد عليه . ومجهول له . ولم يعرف خباياه ، وقد قيل – بحق – أن الإنسان أسير عادته . ومن ثم يكون أساس ذلك الإلزام كامن فيما يمكن أن يسمى بالميل الفطري للمألوف في الحياة فإن ذلك الميل هو الذي يدفعه لتكرار الفعل . ومن ثم تولد الإحساس بالحرص عليه .

---

(1) د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ١٣٧، د. جمال الدين العاقل – السابق .

المبحث الرابع

مزايا العرف وعيوبه

والعرف شأنه شأن أى عمل دنيوى تتقابل فيه المصالح والمفاسد . وتوجد فيه المميزات والعيوب ، وليس معنى وجود بعض العيوب فيه أنه غير سائغ أو لايجوز العمل به ، لأن تلك العيوب إذا ما قوبلت بالمميزات الموجودة فيه فإنها تبدو ضئيلة لا ترقى لحجبه عن العمل ، ونشير إلى مميزات العرف وعيوبه .

أولا: مميزات العرف:

وللعرف مميزات يمكن إجمالها فيما يلى:

(١) أنه يساير إرادة الجماعة :

فمن المعروف أن العرف يعبر عن ضمير الجماعة ، ويساير إرادتها . ويتفق مع الحاجات العملية ، حيث يستند إلى ما جرى عليه الناس فى حياتهم . وهذه الميزة تبدو واضحة عند المقابلة بالتشريع الذى يغلب فيه كثيرا أن يكون معبرا عن إرادة الهيئة الحاكمة التى يمكن أن تكون متفقة مع إرادة الجماعة أو مختلفة معها .

(٢) أنه يساير حاجات الجماعة :

والعرف يساير حاجات الجماعة ، وتلك ميزة كبرى . لأنه يتغير بتغير الحاجات فيها ، ويكون متلازما معها ، يتطور بتطورها ، ويزول بزوالها ، ولهذا فإنه يستجيب للظروف الاجتماعية المتغيرة ، ويتطور بتطور الحياة . أما التشريع فإنه يقتضى تدخل المجتمع أو الهيئة التشريعية لتعديله .

(٣) أنه يكمل نقص التشريع :

ومما يمتاز به ، العرف أنه يكمل نقص التشريع ، حيث لا يستطيع أن يحيط باحتياجات الجماعة ، ومهما بذل المشرع من جهد ، فإن التشريع يأتى قاصرا عن

الإحاطة بكل مطلوبات الحياة ، ومن هنا يجئ دور العرف ليكمل ما فى التشريع من قصور ، أضف إلى ذلك أن هناك بعض المسائل لا يمكن أن ينظمها تشريع واحد لتشعبها واختلافها من مكان إلى آخر ، أو من فئة إلى فئة ، كما يعاون العرف فى تنظيم الحياة الاجتماعية .

ثانياً : عيــــوب العــرف :

ورغم هذه المزايا التى لا يمكن إنكارها ، فإن له عيوباً تؤخذ عليه ، لكنها - كما قلنا - لا تؤثر على أهمية العمل به ، أو مشروعيته ، لأنها قليلــة بجــانب مميزاته ، وهذه المؤاخذات أو العيوب تتمثل فيما يلي :

(١) عدم انضباط العرف :

مما يؤخذ على العرف ويعد عيباً فيه ، أنه ليس من السهل تحديد قواعــده والتثبت منها أو تحديد وقت ظهورها ، أو الوقت الذى تصبح فيه واجبة التطبيق ، مما قد يؤدى إلى كثير من المنازعات حوله عند العمل به ، ويكون النزاع حـاصلا حول مضمون القواعد العرفية .

(٢) لا يسعف العرف في علاج الظروف الطارئة :

ومن عيوب العرف أنه يتكون ببطء ، ويستغرق وقتاً طويلاً حتــى يستقر معنى الإلزام به فى قلوب الناس واعتقادهم ، ومن ثم فإنه لا يكون قــادرا علــى تقديم الحلول السريعة فى الظروف التى تقتضى ذلك بطروء غير متوقع . ومن ثم لا يكون ملائماً للحاجات المتلاحقة . ولا للظروف الحادثة .

(٣) يتنافى العرف مع الوحدة القانونية :

من المعلوم أن الوحدة القانونية مطلوبة لجمع أبناء الدولة الواحد حــول مركز قانونى متساو ، ومن ثم كانت تلك الوحدة القانونية ، هـــي الأداة العمليــة لتطبيق مبدأ المساواة بين الناس ، والعرف لا يلائم هذا المعنى ، لأنه يختلف مــن

المبحث الرابع

مزايا العرف وعيوبه

والعرف شأنه شأن أى عمل دنيوى تتقابل فيه المصالح والمفاسد . وتوجد فيه المميزات والعيوب ، وليس معنى وجود بعض العيوب فيه أنه غير سائغ أو لايجوز العمل به ، لأن تلك العيوب إذا ما قوبلت بالمميزات الموجودة فيه فإنها تبدو ضئيلة لا ترقى لحجبه عن العمل ، ونشير إلى مميزات العرف وعيوبه .

أولاً: مميزات العـرف:

وللعرف مميزات يمكن إجمالها فيما يلي:

(١) أنه يساير إرادة الجماعة :

فمن المعروف أن العرف يعبر عن ضمير الجماعة ، ويساير إرادتها . ويتفق مع الحاجات العملية ، حيث يستند إلى ما جرى عليه الناس في حياتهم . وهذه الميزة تبدو واضحة عند المقابلة بالتشريع الذى يغلب فيه كثيرا أن يكون معبراً عن إرادة الهيئة الحاكمة التي يمكن أن تكون متفقة مع إرادة الجماعة أو مختلفة معها .

(٢)أنه يساير حاجات الجماعة :

والعرف يساير حاجات الجماعة ، وتلك ميزة كبرى. لأنه يتغير بتغير الحاجات فيها ، ويكون متلازماً معها ، يتطور بتطورها ، ويزول بزوالها ، ولهذا فإنه يستجيب للظروف الاجتماعية المتغيرة ، ويتطور بتطور الحياة . أما التشريع فإنه يقتضى تدخل المجتمع أو الهيئة التشريعية لتعديله .

(٣)أنه يكمل نقص التشريع :

ومما يمتاز به ، العرف أنه يكمل نقص التشريع ، حيث لا يستطيع أن يحيط باحتياجات الجماعة ، وه بما بذل المشرع من جهد ، فإن التشريع يأتى قاصرا عن

الإحاطة بكل مطلوبات الحياة ، ومن هنا يجئ دور العرف ليكمل ما في التشريع من قصور ، أضف إلى ذلك أن هناك بعض المسائل لا يمكن أن ينظمها تشريع واحد لتشعبها واختلافها من مكان إلى آخر ، أو من فئة إلى فئة ، كما يعاون العرف في تنظيم الحياة الاجتماعية .

ثانياً : عيـــوب العــرف :

ورغم هذه المزايا التى لا يمكن إنكارها ، فإن له عيوباً تؤخذ عليه ، لكنها - كما قلنا - لا تؤثر على أهمية العمل به ، أو مشروعيته ، لأنها قليلـــة بجـــانب مميزاته ، وهذه المؤاخذات أو العيوب تتمثل فيما يلي :

(١) عدم انضباط العرف :

مما يؤخذ على العرف ويعد عيباً فيه ، أنه ليس من السهل تحديد قواعـــده والتثبت منها أو تحديد وقت ظهورها ، أو الوقت الذى تصبح فيه واجبة التطبيق ، مما قد يؤدى إلى كثير من المنازعات حوله عند العمل به ، ويكون النزاع حـاصلا حول مضمون القواعد العرفية .

(٢) لا يسعف العرف في علاج الظروف الطارئة :

ومن عيوب العرف أنه يتكون ببطء ، ويستغرق وقتاً طويلاً حتـــى يستقر معنى الإلزام به فى قلوب الناس واعتقادهم ، ومن ثم فإنه لا يكون قـــادرا علـــى تقديم الحلول السريعة فى الظروف التى تقتضى ذلك بطروء غير متوقع . ومن ثم لا يكون ملائماً للحاجات المتلاحقة . ولا للظروف الحادثة .

(٣) يتنافى العرف مع الوحدة القانونية :

من المعلوم أن الوحدة القانونية مطلوبة لجمع أبناء الدولة الواحد حـــول مركز قانونى متساو ، ومن ثم كانت تلك الوحدة القانونية ، هـــى الأداة العمليـــة لتطبيق مبدأ المساواة بين الناس ، والعرف لا يلائم هذا المعنى ، لأنه يختلف مـــن

جهة إلى أخرى مما يؤدي إلى تعدد القواعد العرفية في الدولة الواحدة ، وبالتالي لا تتحقق الوحدة القانونية فيها ومن ثم تفتقد المساواة .

دور العرف في الحياة المعاصرة :

وبالرغم من أن دور العرف قد بدأ في الانحسار التدريجي في المجتمعات الحديثة لما يحققه التشريع من مزايا في إيراد القواعد القانونية مكتوبة ، على نحو يسهل التعرف عليها ، وتحديد مضمونها بما يحقق الاستقرار والنظام في الجماعة ، إلا أنه مصدر لا غنى عنه. فهو يكمل ما في التشريع من نقص . ويعاونه في تنظيم الحياة الاجتماعية ، حيث لا يتصور أن يحيط التنظيم بكل شئون الحياة ، ولهذا جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني ما يلي : " فالعرف هو المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالاً مباشرا بالجماعة . ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها واستعصائها على النص ، ولذلك فقد ظل هذا المصدر ، وسيظل إلى جانب التشريع مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية ، بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني ، وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء " [1] .

---

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جـ ١ – ص ١٨٨.

المبحث الخامس

دور العرف فى القانون المصرى

يمكن القول : إن للعرف دوراً فى القانون المصرى من جهة أنـــه يكمـــل التشريع الوضعي عند نقصه ، ويعاونه في حالات يشير إليها صراحة ، وقد يقضى التشريع بتقدمه عليه فى بعض القواعد المكملة ، وقد يسمح له - نادراً - بالتقدم عليه في بعض القواعد الآمرة ، كما أن للعرف دوراً فى فروع القانون المختلفـــة ونبين هاتين الحالتين كما يلي :

أولاً : دور العرف فى التشريع المصري :

إن هذا الدور بالاستقراء يتمثل فى إكمال التشريع ومعاونته والسبق عليـــه فى بعض القواعد المكملة غالباً ، أو الآمرة نادراً ، وذلك كما يلى :

(١) العرف يكمل التشريع :

وهذه هي الوظيفة العامة التى يقوم بها العرف والتى أشارت إليها المـــادة الأولى من القانون المدنى المصري ، فهو يكمل التشريع ، وإليه يجب أن يرجـــع القاضى المصرى إذا لم يجد نصاً تشريعياً ، وهو يقوم بتلك الوظيفة فى كل فـروع القانون الخاص ، والقانون العام ، فيما عدا القانون الجنائي ، لأنه محكوم بقـاعدة " شرعية الجرائم والعقوبات "، التي تقضى بعدم جواز العقاب على فعل إلا إذا كان مستنداً إلى نص تشريعى يقرره ، وبالتالي فإن العرف لا يعتد به فى تقدير الجرائم والعقوبات ، وفيما عدا ذلك، يستطيع العرف أن ينشئ القواعد الآمرة . والمكملـة على السواء .

(٢) العرف المعاون للتشريع :

قد ينظم المشرع موضوعاً معيناً ولكنه يحيل إلى العرف أو إلـــى العــادات للاستعانة بـــها في إعمال بعض المعايير التى يضعها ، أو للاستهداء بـــهما فـــي

تفسير قصد المتعاقدين ، أو لبيان حدود فترة معينة ، يفضل ترك تحديدها للعرف . وبهذا يدعو التشريع العرف إلى معاونته صراحة .

ومن ذلك أن تحديد ملحقات المبيع - وفقاً لما تنص عليه المادة (٤٣٢) مدني - يخضع للعرف .

ومن ذلك نص المادة (٤٤٨) مدني التي تقضي بأنه : " لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه " ، وهكذا جعل المشرع العرف محدداً للعيب الذى يضمنه .

ومن ذلك المادة (١٠١٩) مدني ، التي تقول : " تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة فى سند إنشائها ولما جرى عليه عرف الجهة " .

(٣) العرف المقدم على القواعد المكملة :

وفى كثير من الحالات أوجب القانون الرجوع إلى العرف أو العادات ، قبل الرجوع إلى أحكام التشريع ، حيث ينص فى كثير من الأحوال على أن القواعد التى جاء بها لا تطبق إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بما يخالفها . وعندئذ يسبق العرف تطبيق القاعدة التشريعية .

ومن أمثلة ذلك : ما نصت عليه المادة (٤٥٦) مدني بقولها : " يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " ، ومن ذلك ، نص المادة (٤٦٢) التي تقضي بأن : " نفقات عقد البيع ورسوم الدمغة والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشترى ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك " ، ومن ثم فقد قضى المشرع فى تلك الحالات وما يماثلها بتقديم العرف عليه فى تلك القواعد المكملة .

(٤) العرف في مجال القواعد الآمرة :

وأخيراً فقد أجاز القانون أن يخرج العرف عليه فى بعض القواعد القانونية الآمرة ، وذلك في حالات استثنائية نادرة منها :

نص المادة (٢٣٢) مدني ، التي تقضي بأنه : " لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " ، فالنص قد جاء بقاعدة آمرة تمنع الفوائد المركبة ، كما جاء بقاعدة آمرة أخرى مفادها عدم جواز زيادة ما يتقاضاه الدائن من مجموع الفوائد على رأس المال ، ثم أجاز الخروج عليهما إذا سمح العرف التجارى بذلك، وجرى على خلافهما .

ثانياً: دور العرف فى مختلف فروع القانون:

كما أن للعرف دوراً بارزاً فى مختلف فروع القانون العام والخاص كما يلى بيانه:

(١) فى القانون المدنـــــى :

هناك دور كبير للعرف في القانون المدني ، وذلك إضافة إلى ما سبق بيانه من حالات ، ومن ذلك ؛ القاعدة العرفية التى تضع قرينة على اعتبار أثاث المنزل ملكاً للزوجة المسلمة ، وذلك نظراً لما جرى به العرف فى مصر من قيام الزوجة بتجهيز أثاث المنزل من مال المهر ، وهو ملك لها ، أو من مال والديها ، أو من مالها .

ولكن يجوز إثبات عكس تلك القرينة بأن يثبت الزوج أو من له مصلحة فى ذلك أن الأثاث ملك له لا للزوجة ، كما يجرى العرف فى مصر على احتفاظ الزوجة بلقب أسرتها ، خلافاً لما جرى عليه العرف فى أوروبا وأمريكا ، بأن تسمى الزوجة بلقب زوجها .

وقد قضت إحدى المحاكم بأن العرف قد جرى فى بعض جهات الوجه القبلي على وجوب رد الهدايا التى تقدم فى بعض المناسبات ، كالأفراح أو المآتم فى مناسبة مماثلة لتلك التى قدمت فيها ، وحكمت على هذا الأساس بأن للمهدى أن يلزم من أهداه إذا وجد فى نفس المناسبة مثل هديته[١] .

---

[١] محكمة ملوى الجزئية فى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤١، المحاماة، س ٢٢ – ص ٢٨.

(٢) في القانون التجـــاري :

من المعروف أن قواعد القانون التجاري تتقاصر عن تنظيم جميع العلاقـات التجارية ، وذلك لكثرة هذه العلاقات وتنوعها وتجددها وتطورها ، ولهذا كان حظ العرف في المسائل التجارية أكبر منه في غيرها من المسائل المدنية .

ومن هذه القواعد: تحديد أجر السمسار بمقدار (٢،٥) بالمائة ، وافتـراض التضامن بين المدينين ، وما يجرى به العرف من فرض فائدة على متجمد الفائدة ، واقتضاء الفوائد التأخيرية بمجرد التأخير لا من وقت المطالبة الرسمية بسعر أعلى من سعر الفائدة التأخيرية وهو (٥) بالمائة ، وإن كان ذلك يعتبر من قبيل الربـا المحرم شرعاً ، ومنها قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع علـى حـامل الورقـة التجارية .

(٣) في القانون الدولي الخـــاص :

كثير من قواعد القانون الدولي الخاص نشأت نشأة عرفية ، قبل أن تعتمـد تشريعاً بنصوص خاصة ، ومن تلك القواعد ، قاعدة أن شكل العقد يخضع لقـانون البلد الذي أبرم فيه ، وقاعدة خضوع الميراث في المنقول لقانون موطن المتوفى ، وقاعدة خضوع المال من حيث الحقوق العينية التي ترد عليه لقانون موقعه .

والعرف قد يكون داخلياً أو دولياً ، فإذا لم يجد القاضي نصاً في التشـريع ، فإن عليه أن يرجع إلى العرف الداخلي ، فإذا لم يجد فإلى العرف الدولي المسـتقر في كثير من الدول ، والذي يشهد به قضاؤها أو القضاء الدولي ، وفي هذا نصـت المادة (٢٤) مدني على أنه : " تتبع فيما لم يرد نص بشأنه في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين ، مبادئ القانون الدولي الخاص " .

(٤) في القانون الدستوري :

أما عن مجال العرف في القانون الدسـتوري ، فإنـه نظـرا لأن قانوننـا الدستوري مكتوب على خلاف الحال في إنجلترا مثـلاً ، حيـث يتكـون القـانون الدستوري هناك تكويناً عرفياً ، فإن دور العرف الذي يلعبه عندنا فـي القـانون

الدستوري ضئيل جداً ، ومع ذلك فإنه يمكن أن يمثل له بما جرى عليه العرف الدستوري من إعطاء السلطة التنفيذية حق إصدار لوائح الأمن أو البوليس .

كما أن الدستور يشير في بعض نصوصه إلى العرف ومن ذلك ما كانت تقضي به المادة (٤٣) من دستور سنة ١٩٥٦ بقولها : " تحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان طبقاً للعادات المرعية في مصر . على أن لا يخل ذلك بالنظام العام ولا ينافي الآداب " ، وقد كان هذا النص تكراراً للنص الذي كان وارداً في المادة (١٣) من دستور سنة ١٩٢٣، ولم يرد نظير له في المادة (٤٦) من الدستور الحالي حيث تنص هذه المادة على أنه : " تكفل الدولة حرية العقيدة . وحرية ممارسة الشعائر الدينية " .

(٥) في القانون الإداري :

يعتبر العرف في القانون الإداري مصدراً رسمياً يجئ بعد التشريع في المرتبة ، ويقصد به في مجال هذا القانون : ما درجت عليه جهات الإدارة في علاقات بعضها ببعض . أو بالأفراد واضطرد سيرها عليه .

وقد أقر القضاء الإداري المصري العرف كمصدر من مصادر القانون الإداري يكمل التشريع فقضت محكمة القضاء الإداري . بأن العرف الإداري الذي استقر عليه العمل واضطرد هو بمثابة القاعدة التنظيمية المقررة بحيث تعتبر مخالفة الجهة الإدارية له ، مخالفة للنظام المتبع مما تجوز المؤاخذة عليه . ذلك أن المخالفة القانونية ليست مقصورة على مخالفة نص في قانون أو لائحة . بل هي تشمل كل قاعدة جرت عليها الإدارة واتخذتها منهجاً لها[١] .

---

[١] محكمة القضاء الإداري في ٤/٥/١٩٥٠، المحاماة – س ٣١ – رقم ٧٢ – ص ٢٣٥. وراجع: د. عبد المنعم البدراوي – السابق – ص ٢١٥ وما بعدها.

(٦) في القانون الدولي العـــام :

أما في مجال القانون الدولي العام فلا يزال الشطر الأكبر من قواعده عرفياً، ويتكون العرف في مجاله من اضطراد سير الدول في علاقاتها المتبادلة على سلوك معين ، ويشترط في هذا العرف أن يكون عاماً، أي تســير عليــه معظــم الــدول الأعضاء في الأسرة الدولية ، ومتى أصبح العرف الدولي عاماً على هــذا النحــو أصبح ملزماً للدول جميعاً حتى تلك التي لم تساهم في خلقه وتكوينه. فالدول حديثة العهد بالانضمام للأسرة الدولية تلتزم بمراعاة العرف الدولي المستقر. كما تلــتزم الدول باحترام القواعد الخاصة بالشئون البحرية ، حتى ولو لم يكن لها شــواطئ وقت تكوين القواعد العرفية .

ويرجع في استخلاص القواعد العرفية الدولية ، إلى كل ما يمكن أن يستنتج منه سير الدول فعلاً على مقتضاها والتزامها بها كقاعدة قانونية . فهي تثبت مــن استقراء الحوادث التاريخية ، ومن الوثائق الرسمية ، ومن تعليمات الدول لممثليها السياسيين ، ومن أحكام المحاكم الدولية والداخلية ، ومن دراسات فقهاء القــانون الدولي العام [١] .

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٢١٨ وما بعدها؛ د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ٤٩ وما بعدها؛ د. حسن كيرة – ص ١٦٢؛ د. جميل الشرقاوي – فقرة ٥١ – ص ١٤٦ وما بعدها؛ د. [illegible] مصطفى منصور – ص ١٣٤؛ د. أحمد سلامة – فقرة ٧٣؛ د. عبد الرزاق فرج – ص [illegible] وما بعدها.

الفصل الثالث

مبادئ الشريعة الإسلامية

يعتبر الدين هو المصدر الرسمي الأساسي والأصيل من مصادر القانون في نطاق الأحوال الشخصية يأتي بعد التشريع في المرتبة . وهو هنا بمثابة الترشيح لما انتهى إليه التشريع ، لأن التشريع مأخوذ منه مباشرة . لأن كل ما يتعلق بنظام الأسرة يطبق بشأنه القواعد الدينية سواء أكان الأمر متعلقا بالمسلمين أو بغير المسلمين . فالدين مصدر رسمي أصيل في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين . وتطبق في هذا الشأن الأحكام المستمدة من الشريعة الإسلامية كما تطبق على غير المسلمين ، إذا لم تتوافر شروط تطبيق شريعتهم الدينية في مسائل الأحوال الشخصية .

ولما كانت مبادئ الشريعة الإسلامية قد أصبحت منذ صدور القانون المدني المصري الحالي ، مصدرا رسميا احتياطيا يأتي بعد التشريع في قانون نعمل وبعد التشريع والعرف في غير مسائل الأحوال الشخصية . أي (المعاملات المالية) . كما أنها تعتبر – أيضا - مصدرا تاريخيا لبعض أحكام القانون المصري . فإنه يتعين الإشارة إلى ذلك :

أولا : الشريعة الإسلامية مصدر رسمي للقانون :

تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا رسميا احتياطيا للقانون . وفي هذا الخصوص . تنص المادة الأولى من التقنين المدني المصري على أنه :

(١) تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها .

(٢) فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف . فإذا لم يوجد . فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية . فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

ويبدو من هذا النص أن مبادئ الشريعة الإسلامية قد أصبحت مصدراً رسمياً للقانون ، يأتي في المرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف ، وتسري مبادئ الشريعة في هذا الخصوص على أساس الأحكام المقررة فيها للمعاملات المالية ، وذلك عند عدم وجود نص في القانون ، وعند عدم وجود العرف ، وتطبق على المسلمين . وعلى غير المسلمين في جميع المسائل إلا ما تعلق منها بالأحوال الشخصية حيث يطبق الدين باعتباره مصدراً رسمياً على النحو الذي سلف بيانه [1] . كما تعتبر الشريعة الإسلامية هي المصدر التالي للتشريع في قانون العمل . وذلك وفقاً لما تنص عليه المادة (١٠٢) من القانون (١٣٧) لسنة ١٩٨١ بقولها : " تطبق هيئة التحكيم التشريعات المعمول بها ولها أن تستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية والعرف ومبادئ العدالة " ، فقد ورد النص على الشريعة الإسلامية للرجوع إليها بعد التشريعات المعمول بها .

المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية :

ويقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية ، المبادئ العامة في المذاهب المختلفة . دون التقيد بمذهب معين ، ولهذا فإنه يتعين على القاضي عند الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية أن يراعي الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي ، وذلك للتنسيق فيما بين هذه الأحكام والمبادئ العامة التي يقوم عليها التشريع المدني في جملته . فلا يجوز الأخذ برأي في الفقه الإسلامي ، يتعارض مع مبدأ من هذه المبادئ . وذلك حتى لا يفقد التشريع تجانسه وانسجامه ، وإنما يتعين الأخذ بالرأي الذي ينسجم مع تلك المبادئ ؛ لأنه هو الذي يبدو أن التشريع قد تبناه ، ورأى فيه الملاءمة لحكم الوقائع التي يريد تنظيمها [2] .

---

(١) د. أحمد سلامة - فقرة ٧٦ ، د. جميل الشرقاوي - فقرة ١٥ ، د. منصور مصطفى منصور - ص ١٥٣ ، د. عبد الرزاق حسن فرج - ص ٨٢ ، د. عبد المنعم فرج الصدة - ص ١٣٤ وما بعدها ، د. جمال الدين زكي - ص ١٣٢ وما بعدها ، د. شمس الدين الوكيل - فقرة ١١٥ وما بعدها .

(٢) د. السنهوري - الوسيط - جـ ١ - ص ٤٩ .

ثانيا : مبادئ الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون :

تعتبر الشريعة الإسلامية مصدرا تاريخيا للقانون المصري في أحكام كثيرة حيث أخذ عنها كثيرا من المبادئ والنظريات ، ومن ذلك الأحكام الخاصة بالأهلية ، وبتصرف المريض مرض الموت ، والشفعة والهبة ، والغبن في بيع مال القاصر ، وخيار الرؤية ، وتبعة الهلاك في المبيع ، وإيجار الأراضي الزراعية ، وهلاك الزرع في العين المؤجرة ، وانقضاء الإيجار والحكر ، وأحكام العلو والسفل ، والحائط المشترك ، ومبدأ عدم أيلولة التركة إلى الورثة إلا بعد سداد الديون ، ونظرية التعسف في استعمال الحق ، وحوالة الدين ، ونظرية الظروف الطارئة ، وبحصول الإبراء بإرادة الدائن وحده .

كما أخذ المشرع النصوص المتعلقة بقوانين الأحوال الشخصية ، ومنها القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م والقوانين السابقة عليه ، وهي القانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٥م ، والقانون رقم (٢٥) لسنة ١٩٢٩م ، كما أخذ القانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٤٣م ، في شأن المواريث ، والقانون رقم (١٨٠) لسنة ١٩٥٢م ، والقانون رقم (١١٩) لسنة ١٩٥٢م الخاص بالولاية على المال ، ويلاحظ أن الشريعة الإسلامية في تلك القوانين تطبق على المسلمين وعلى غير المسلمين . وذلك على نحو يحقق الاستقرار والعدالة دون أدنى تفرقة بين أبناء الوطن الواحد بسبب اختلاف دياناتهم ، لكن هذا الأمر يحتاج إلى توضيح وتجلية أكثر .

سريان أحكام الشريعة الإسلامية على غير المسلمين :

ومن المعلوم أن الشريعة الإسلامية في سريان أحكامها ، تشمل المسلمين وغيرهم ، حيث تظل الجميع بعدلها ومرونتها وصلاحيتها لحكم تصرفات الناس أجمعين بالعدل والقسط ، وحين نقول غير المسلمين فإنما نقصد جميع أتباع الديانات الأخرى ، وإن كان الواقع قد صدق ذلك في طوائف غير المسلمين ممن لهم مركز قانوني يحكمه القانون ، ويخضعون لجهة قضاء خاصة بهم للفصل في منازعاتهم المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، وقت صدور القانون (٤٦٢) لسنة ١٩٥٥م في مصر وهم طوائف المسيحيين واليهود .

ملل وطوائف المسيحيين :

المسيحيون هم أتباع نبي الله السيد المسيح عيسى بن مريم - على نبينا وعليهما أفضل الصلاة والسلام - وينقسم معتنقوا الديانة المسيحية في الوقت الحاضر إلى ثلاث ملل أو مذاهب هي : الكاثوليكية ، والأرثوذكسية . والبروتستانتية ، وقد بدأت المسيحية دينا واحدا لا ملل فيه ، واستمرت الكنائس المسيحية حتى القرن الخامس الميلادي متفقة في جميع عقائدها التي أهمها أن للسيد المسيح عليه السلام طبيعتين : طبيعة إلهية ، طبيعة بشرية [1] ، حتى ظهر في القرن الخامس ، مذهب اليعقوبيين ، نسبة إلى يعقوب البرادعي ، أسقف الرها بجنوب تركيا [2] الذي نادى بأن لمسيح طبيعة واحدة هي الطبيعة الإلهية . وانتشر هذا المذهب ، وتبعه أهل الشرق عموما ، ومنهم أقباط مصر . الذين استقلوا بكنائسهم الأرثوذكسية عن كنيستي القسطنطينية وروما ، وذلك عقب مجمع " خلقيدونه " بآسيا الصغرى عام ٤٥١م ، والذي قرر أن للمسيح طبيعة مزدوجة ، ومنذ ذلك الوقت عرفت الكنيسة المصرية بالكنيسة القبطية الأرثوذكسية، واتخذت اللغة القبطية لغة للعبادة في كنائسها ، وجعلت الإسكندرية مقر الكرسي البابوي [3] .

وفي القرن الحادي عشر حدث الانشقاق الكبير بين الكنيسة الشرقية والكنيسة الغربية في روما ، بسبب اختلافهما على رئاسة العالم المسيحي . وأدى هذا الاختلاف إلى انفصالهما عام ١٠٥٤م ، بعد أن نسبت كل منهما إلى الأخرى أنها خالفت أصول الديانة ، كما أطلقت كل منهما على نفسها اسمي : الكنيسة الأرثوذكسية ، أي " ذات الرأي المستقيم " ، والكنيسة الكاثوليكية . أي " الجامعة " ثم غلبت تسمية الكنيسة الأرثوذكسية على الكنيسة الشرقية ، والكاثوليكية على

---

(١) دكتور عبد الودود يحي : أحكام قانون الأسرة لغير المسلمين - فقرة ٢٢ - طبعة سنة ١٩٧٠م.

(٢) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٣) دكتور توفيق فرج : أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين - فقرة ٢٩ - طبعة سنة ١٩٦٩م.

كنيسة روما ، وأصبحت الديانة المسيحية تنقسم إلى المذهبين : الأرثوذكسي والكاثوليكي [1] .

وقد ظهر في القرن السادس عشر ، المذهب البروتستانتي ، الذي نادى به الراهب الألماني " مارتن لوثر " ، وهذا المذهب لا يعترف برئاسة دينية ويبيح لكل فرد أن يفسر الكتاب المقدس بنفسه ، لأن فهمه ليس قاصرا على رجال الدين [2] .

ويندرج تحت كل مذهب من تلك المذاهب الثلاثة عدة طوائف :

فطوائف المذهب الأرثوذكسي أربع هي :

الأقباط ، والروم ، والأرمن ، والسريان .

وطوائف المذهب الكاثوليكي سبع هي :

الأقباط ، والروم ، والأرمن ، والسريان ، والكلدان ، والموارنة ، واللاتين .

وأما طوائف المذهب البروتستانتي فإنها أكثر من واحدة لكن المشرع المصري اعتبرهم جميعا طائفة واحدة ، تعرف بطائفة الإنجيليين الوطنيين [3].

ملل وطوائف اليهود :

بدأت الديانة اليهودية كما بدأت المسيحية دينا واحدا لا ملل فيه . يؤمن أتباعها بالتوراة التي أنزلها الله على سيدنا موسى – على نبينا وعليه أفضل الصلاة والسلام – واستمرت كذلك حتى القرن الثامن الميلادي ، حيث انقسم اليهود إلى مذهبين هما : الربانيون ، والقراءون .

ويرجع سبب انقسام اليهود إلى نظرتهم " للتلمود " وهو عبارة عن أحكام تفصيلية زيادة عما ورد في التوراة ، تناقلها الخلف عن السلف شفاها حتى تم تدوينها بعد . فالربانيون يرون أن الله لم ينزل على موسى التوراة وحدها ، وإنما

---

(١) نفس المرجع السابق – فقرة ٣٠ ، ٣١ .

(٢) د. عبد الودود يحي ، نفس المرجع السابق .

(٣) د. عبد الودود يحي ، نفس المرجع السابق – فقرة ٣٣ .

أنزل عليه أحكاما أخرى أمره أن يبلغها شفاهة إلى من بعده . وهذه الأحكام تسمى "الميشنا" . ومعناها الكتاب الثاني . فالتوراة غير المكتوبة هي "الميشنا" التي اضطروا إلى تدوينها خوفا عليها من النسيان أو التحريف [1] . وقد شرحت الميشنا في كتاب يسمى "الجمراة" . أي التكملة . ومن الميشنا والجمراة يتكون التلمود . أما القراءون فيعتقدون أن الله لم ينزل على موسى إلا التوراة الأصلية . ولذلك فهم لا يؤمنون بالتلمود . وقد سموا بالقرائين لأنهم لا يؤمنون إلا بما يقرأ . وهو التوراة المكتوبة دون الشفوية وهي التلمود [2].

ولم تتعدد طوائف اليهود كما تعددت طوائف المسيحيين . فالقراءون ظلوا طائفة واحدة . وأما الربانيون فقد انقسموا إلى طائفتين هما (السفارديم) وهم يهود الشرق وشمال أفريقيا والأندلس . والإشكينازيم) وهم يهود أوربا . ولا أهمية لهذا التقسيم فكلاهما ربانيون .

طوائف غير المسلمين في مصر - إذن - أربع عشر طائفة . ينتمون إلى مذهب المسيحية واليهودية . وللمسيحية ثلاثة مذاهب هي الأرثوذكسية وينتمي إليه أربع طوائف . والكاثوليكية وينتمي إليها سبع طوائف . والبروتستانت وهم طائفة واحدة . ولليهودية طائفتان هما : الربانيون . والقراءون . فيكون مجموع الطوائف أربع عشرة طائفة [3].

مساواة غير المسلمين أمام القانون :

والولاء للإسلام في المجتمع الإسلامي لأبنائه جميعا . مسلمين وغير مسلمين ليس قولا بعيدا عن الواقع . لأن الشريعة الإسلامية ليست بعيدة عن حكم كثير من تصرفات غير المسلمين حاليا . كما أنها ليست غريبة في التطبيق عليهم الآن . لأنها تتناول بالتنظيم كثيرا من الروابط القانونية والمراكز المالية في وقتنا الحاضر . وهي في هذا الصدد تطبق على المسلمين وغيرهم . وسواء كان ذلك

---

(1) مرجع سابق - فقرة ٣٤ .

(2) مرجع سابق - فقرة ٣٤ .

(3) أحمد صفوت : قضاء الأحوال الشخصية لغير المسلمين - ص ٤٤ - طبعة ثانية .

التنظيم بطريق مباشر ، كما في القوانين الخاصة التي صدرت مأخوذة من الشريعة الإسلامية قلبا وقالبا، وذلك كما في قانون الميراث ، وقانون الوصية ، والوقف . وغير ذلك من القوانين المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ، أم بطريق غير مباشر يتمثل في اقتباس نظريات متكاملة ، وموضوعات شاملة من الفقه الإسلامي ، كما حدث في التقنين المدني المصري الجديد الصادر في ٦ يونيو سنة ١٩٤٨م ، حيث أخذ هذا القانون عن الفقه الإسلامي كثيرا من الموضوعات التفصيلية والنظريات الكاملة . ومن أهم ما اقتبسه ذلك القانون عن الفقه الإسلامي : "نظرية التعسف في استعمال الحق" ، و "حوالة الدين" و "مبدأ الحوادث الطارئة" . ومن المسائل التفصيلية في هذا الخصوص : الأحكام الخاصة بالإيجار والوقف والحكر . وأحكام الأهلية والهبة والشفعة ، والمبدأ المعروف بأنه : لا تركة إلا بعد سداد الدين [1] .

وتطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين في الوقت الحاضر لا يقتصر على الجوانب المالية ، بل يتعداه إلى كثير من مسائل الأحوال الشخصية ذات الصلة الوثيقة بالعقيدة الدينية ، كالمسائل المتعلقة بالأسرة من خطبة وزواج . وآثارهما المالية ... وغيرها . ويمكن إلقاء الضوء على ذلك بشيء من التفصيل :

(١) بالنسبة للمسائل المالية :

تتناول الشريعة الإسلامية بالتنظيم كثيرا من المسائل المالية للمسلمين وغيرهم . وأحكامها ملزمة للجميع في تلك المسائل ، حيث يخضع لها جميع المواطنين على اختلاف دياناتهم ، ومن هذه المسائل :

(أ) مسائل المواريث :

ينظم مسائل المواريث في مصر القانون رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٣ ، وقد صدر هذا القانون مستمدا من نصوص الشريعة الإسلامية . ويخضع لأحكامه جميع

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي : المدخل للعلوم القانونية – ص ١٠٢ ، وبحث في هذا الموضوع : مستشار عبد الستار آدم : الشريعة الإسلامية والقانون المدني دراسة مقارنة ، مجلة [illegible] ، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، الكتاب العاشر ١٣٨٩هـ – ١٩٦٩م .

المواطنين ، مسلمين وغير مسلمين ، وإذا وجد نزاع ليس له حكم في هذا القانون فإن المحاكم تفصل فيه وفقا للقول لأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة . طبقا للمادة (٢٨٠) من لائحة المحاكم الشرعية الصادر بها القانون (٨٧) لسنة ١٩٣١م . والمنصوص عليه في القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ .

كما يلاحظ أن القانون المدني الجديد . قد نص في المادة (٨٧٥/١) منه على أن : " تعيين الورثة . وتحديد أنصبتهم في الإرث ، وانتقال أموال التركة إليهم . تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها " .

(ب) مسائل الوصية :

ومسائل الوصية تخضع في تنظيمها للقانون المصري (٧١) لسنة ١٩٤٦م المأخوذ عن الشريعة الإسلامية . ويخضع لأحكامه المسلمون وغيرهم . وقد نصت المادة (٩١٥) من التقنين المذكور . على أنه : تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها " .

(ج) المسائل التي ينظمها القانون المدني الجديد :

من المعروف أن القانون المدني الجديد قد أخذ كثيرا من المسائل المالية عن الشريعة الإسلامية ، وهو يطبق على جميع المواطنين . لأنه الشريعة العامة للتشريع الوضعي . ومن هذه المسائل : حوالة الدين . وكثير من مسائل الإيجار والحكر ، وأحكام الأهلية والهبة والشفعة ، وغير ذلك من الموضوعات التي أخذت مستلهمة من روح الشريعة الغراء [1].

(٢) بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية :

تعتبر الشريعة الإسلامية ذات الولاية العامة التي تنظم روابط الأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين وغيرهم . وأما الشرائع " الملية " لغير المسلمين فولايتها استثنائية [2] . لأنها لا تطبق على مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين إلا إذا توافرت شروط تطبيقها التي نصت عليها المادة (٦) من القانون رقم (٤٣٢) لسنة

---

(١) المستشار عبد الستار آدم : المرجع نفسه – ص ١٠١ وما بعدها .

(٢) د. عبد الودود يحيى . دروس في مبادئ القانون – ص ٩١ – طبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٧٧م.

١٩٥٥م ، وهي اتحاد الخصوم في الديانة والملة والطائفة ، ووجود مجالس ملية منتظمة لهم ، وقت صدور القانون المشار إليه ، فإذا تخلف شرط من الشروط المذكورة كأن اختلف الخصوم في الديانة أو الملة أو الطائفة ، فإن أحكام الشريعة الإسلامية تكون هي الواجبة التطبيق [١] ، فالشريعة الإسلامية - إذن - ليست غريبة على حياة غير المسلمين ، كما أنها ليست بعيدة عن حكم كثير من تصرفاتهم ، والتطبيق على كثير من جوانب حياتهم القانونية ، والتخوف من استكمال تطبيق تلك الشريعة ، على ما بقي من بعض تلك الجوانب ، بحجة أن أبناء الأمة ليسوا كلهم من المسلمين لا محل له ، لأن تلك الشريعة الغراء لا تضيع الحقوق بل تحافظ عليها وترعاها ، وهي سماوية المصدر ، عالمية التطبيق . لا تفرق بين المسلم وغيره في أمور المعاملات ، وقد حوى فقهها العظيم من المبادئ التشريعية الفذة والقواعد الفقهية الراقية على ما يفوق أحدث التشريعات العصرية .

وفي هذا يقول الأستاذ الدكتور سليمان مرقس : (ففي الكتاب والسنة ، وهما أساس الدين الإسلامي ، وأهم المصادر الشرعية الإسلامية . والكثير من القواعد القانونية المتعلقة بالزواج والطلاق والنسب والميراث والوصية والتجارة والبيع والعقود والحدود ، وغير ذلك من القواعد الجنائية وغيرها . وقد تناول فقهاء الإسلام هذه الأحكام بالشرح والتفصيل ، وفرعوا عليها الكثير من الحلول حتى غدت الشريعة الإسلامية نظاماً قانونياً يعدل أرقى الشرائع ، بل إن بعض نظمها يفضل ما يقابله من نظم في أحدث الشرائع العصرية) [٢] . ومن ثم يتأكد ما قررنا في أكثر من موضع أن الدعاوى التي تثار ضد الاحتكام لتلك الشريعة بحجة المساس بمراكز غير المسلمين ، لا محل لها ، ولا تقوم على أساس سليم ، لا من المنقول ولا من المعقول .

والواقع أن احتكام الناس جميعاً إلى هذه التقنيات المستقاة من التشريع الإسلامي والمأخوذة من مصادره ونظرياته ، تبرهن على قدرته التشريعية لتنظيم معاملات البشرية كلها ، على أساس من الحق والعدل، ودون تفرقة بينهم على أساس

---

(١) نفس المرجع والمكان السابقين .

(٢) د. سليمان مرقس : المدخل للعلوم القانونية - فقرة ١٥٧ - طبعة ١٩٦٧م .

اختلاف الدين أو العقيدة ، الأمر الذي يعتبر من أعظم مقومـــات الاحتكـــام لـــهذا التشريع ، من خلال تقبل الخضوع لأحكام هذه القوانين المأخوذة منـــه ، والتـــي تعتبر مرآة لأحكامه ، وعلامة على صلاحيته ، وقدرته على حكم تصرفات النـــاس أجمعين في كل زمان ومكان .

الفصل الرابع

مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

يقصد بمبادئ القانون الطبيعي : ما اتفقت عليه العقول البشرية واستحسنته في مجال العلاقات الاجتماعية ، حين يراد إقامة العدل فيها بعيدا عن النص . أو ما يعتبر مثالا يهتدي به المشرع الوضعي حتى يقترب من حد الكمال في إقامة العدل بين الناس [1] .

وأما العدالة : فهي الشعور الفطري الكامن في النفس ، والمستكن في الضمير بإعطاء كل ذي حق حقه ، أو هو الإحساس الفطري بالعدالة عندما يتم وضع الإنسان العادي في مكان الحكم بين اثنين لإعطاء كل ذي حق حقه [2]. أو هي الشعور الذي يختلف بحسب البلاد والأشخاص دون أن يتخذ فكرة ثابتة ومحددة . في مجال العدل ، أو ما يؤخذ في الاعتبار من الظروف الخاصة عند تطبيق فكرة الحق على واقع الحياة العملي ، أو هي شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ، ويوحي به الضمير المستنير بهدف إيتاء كل ذي حق حقه [3] .

ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة على هذا النحو تعتبر المصدر الرسمي الأخير من مصادر القانون المصري التي ورد النص عليها في المادة (٢/١) من القانون المدني حين قالت : " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية . فإذا لم توجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

---

(١) د. جمال الدين زكي – ص ١٣٦ ، د. عبد المنعم البدراوي – ص ٣٤٥ ، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ١٤٩ ، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٨٥ .

(٢) د. عبد المنعم البدراوي – السابق .

(٣) د. منصور مصطفى منصور – ص ١٥٩ ، د. جميل الشرقاوي – فقرة ٢٣ ، د. جمال الدين زكي – ص ١٣٧ ، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ١٠٤ .

مفتاح الاجتهاد أمام القضاء :

لعل من أهم الفوائد المستفادة من إحالة المشرع على هذه المبادئ ، أنها تشجع القاضي على المضي في حكمه ، دون تنكب سبيل النكول عن القضاء حينما لا يجد للنزاع المعروض أمامه حكما في التشريع أو العرف أو مبادئ الشريعة الإسلامية حيث تلزمه تلك المبادئ بأن يجتهد برأيه ولا يمل من الوصول إلى الحكم العادل .

وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني إلى هذا المعنى حين قالت :

" وإذا كانت عبارة التقنيات الحديثة تفضل هاتين العبارتين (مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة) ، من بعض الوجوه بسبب ما يؤخذ عليها عادة من الإبهام ، إلا أن الواقع يفيد أن هذه العبارات جميعا لا ترد القاضي عن المضي في حكمه ، بل تلزمه أن يجتهد برأيه حتى لا يلج سبيل النكول عن القضاء ، وهي تحثه في اجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة ، لا عن تفكير ذاتي خاص ، فتحيله إلى مبادئ أو قواعد كلية تنسبها تارة إلى القانون الطبيعي ، وتارة إلى العدالة ، وتارة إلى قانون الدولة ، أو إلى القانون بوجه عام دون نعت أو تخصيص " .[1]

وقد طبق القضاء المصري تلك المبادئ في أحول كثيرة ، وجني من ورائها نتائج طيبة في مجال العدالة وحفظ حقوق الناس ، والحكم بينهم بالحق ، ومن ذلك : الأحكام التي قررها بشأن الملكية الأدبية والفنية والصناعية ، كحماية حقوق المؤلفين حتى قبل أن يصدر القانون رقم (٣٥٤) لسنة ١٩٥٤ ، فهو استنادا إلى مبادئ العدالة ألزم من يعتدي على هذه الحقوق بأن يعوض أصحابها عما يلحقهم من ضرر بسبب الاعتداء عليها ، وكذلك ما قرره المشرع بخصوص نظرية التعسف في استعمال الحقوق حيث قرر أن من يتعسف في استعمال حقه يكون مرتكبا لخطأ تقصيري يجعله مسئولا عما يصيب الغير من ضرر بسببه .

وكذلك ما قرره المشرع بشأن نظرية تحمل التبعة ، ومؤداها أن يتحمل صاحب الآلات أو المسئول عنها تبعة ما تحدثه من أضرار للغير ، حتى ولو لم يثبت خطأ في جانبه ، بناء على قاعدة (الغرم بالغنم) المأخوذة من الفقه الإسلامي ، وكذلك

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ١ – ص ١٨٨ .

على خلاف ما هو مقرر في قواعد المسئولية التقصيرية من ضرورة توافر الخطأ في جانب الشخص حتى يكون مسئولا عن الضرر ، ومبدأ اعتبار الجنين موجود في كل ماله فيه مصلحة ، وسقوط الحقوق الشخصية بالتقادم ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة ، التي تقضي بأنه إذا أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بسبب حادث طارئ لم يكن في الوسع توقعه ، وجب رد هذا الالتزام المرهق إلى الحد المعقول [1] .

حدود تطبيق مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة :

بيد أنه تجب مراعاة أن القاضي لا يمكنه تحت ستار الأخذ بمبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، أن يخرج على النصوص التشريعية والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها القانون مهما بدا له أن تلك النصوص أو هذه المبادئ غير متفقة مع مبادئ القانون الطبيعي أو العدالة ، لأنه مصدر احتياطي لا يلجأ إليه إلا عند عدم وجود تنظيم قانوني للمسألة .

ومن ثم فإنه لابد من مراعاة أمرين :

أولهما : أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بقواعد العدالة إذا كان وجه الحكم في الدعوى بمقتضى القانون واضحا وصريحا ، ومعنى هذا أنه لا يجوز للقاضي بحجة مراعاة العدل والإنصاف أن يقضي بغير القواعد التشريعية أو العرفية الواجبة التطبيق . وليس له أن يستبدل بهذه القواعد قواعد أخرى يسندها إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

ثانيهما : أنه لا يجوز للقاضي أن يلجأ إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة إذا كان من الممكن أن يسد هذا النقص عن طريق القياس ، حيث يكون في العمل به غنى عن هذا المبدأ ، ويستطيع القاضي من خلاله تعدية الحكم الوارد في النصوص ، إلى حالات أخرى لم يرد بشأنها نص ، لاتحاد العلة أو الحكمة [2].

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ١٥٣ ، د. جميل الشرقاوي – ص ١٥٢ ، د. توفيق فرج ، ص ١٥٢ وما بعدها ، د. منصور مصطفى منصور – ص ١٥٨ ، د. عبد الرازق حسن فرج – ص ٨٧ .
(٢) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٢٢٨ وما بعدها .

دور الفقه والقضاء في استخلاص تلك المبادئ :

والفقه هو الذي يستخلص المبادئ القانونية العامة التي يقوم عليها تشريع الدولة، وهو بهذا يعين القضاء معاونة كبيرة ، لأننا متى وضعنا مبادئ عامة أمكن أن نستخلص منها قواعد تفصيلية لتطبق على ما يجد من منازعات ومشاكل ، كما يستطيع القاضي عند اجتهاده أن يأخذ بالمبادئ المشتركة في قوانين الدول ، والقانون المقارن يستطيع أن يمد القاضي بقواعد تسعفه عندما لا يجد قاعدة في المصادر الرسمية .

وهذا ما سارت عليه المحاكم المصرية بالفعل ، فهي من خلال الاستناد إلى هذا المبدأ استطاعت أن تطبق المبادئ العامة في القانون المصري ، وأخذت ببعض قواعد الشريعة الإسلامية ، واتبعت بعض القواعد المقررة في تشريعات أجنبية . أو في اتفاقات دولية ، بل واستحدثت أحكاما وفق الروابط الاجتماعية المستجدة . دون أن يكون لها سند في التشريع أو العرف ، توخيا لأصلح القواعد وأكثرها ملاءمة لطبيعة الأوضاع التي قصر المشرع عن تنظيمها .

الفصل الخامس

الفقه والقضاء مصدران تفسيريان

يعتبر الفقه والقضاء مصدران تفسيريان في القانون المصري ، لأن المصادر الرسمية له هي : التشريع والدين في مسائل الأحوال الشخصية وقانون العمل ، والعرف ، ومبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، وبالإضافة إلى ذلك يوجد هذان المصدران اللذان ليست لهما أية صفة رسمية ، حيث يقتصر أمرهما على تفسير القانون ، لأن القاضي يقوم بتفسير القانون تفسيرا قضائيا أو علميا أو تطبيقيا ، ويقوم الفقهاء بتفسير القانون فيما ينشرونه من مؤلفات وبحوث [1].

ورغم أن دور هذين المصدرين مقتصر على مجال التفسير ، إلا أن لكيل منهما دورا هاما قد يؤدي إلى خلق القواعد القانونية الجديدة ، مع ملاحظة أنهما غير ملزمين قانونا ، فالقضاء بمختلف درجاته لا يتقيد بآراء الفقهاء ولا بأحكام المحاكم ، وكل ما يمكن قوله : إنه قد يستأنس بما استقر عليه رأي الفقهاء ، أو بما سارت عليه الأحكام ، والأمر كذلك بالنسبة للمشرع فهو كثيرا ما يهتدي بآراء الفقهاء وأحكام المحاكم عند وضع التشريع الجديد أو عند تعديله ، ولهذا يمكن القول وصفا لهذين المصدرين ، أنهما من وسائل الاستئناس أو الإقناع [2] ، ونبين حقيقة كل منهما في مبحث على حدة .

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٢٣٥ وما بعدها ، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ١١٥ ، د. حسن كيرة – فقرة ١١٨ وما بعدها ، د. عبد الودود يحيى – ص ١٣٣ وما بعدها ، د. جميل الشرقاوي – فقرة ٣٥ وما بعدها ، د. جمال الدين زكي – ص ١٤٣ وما بعدها ، د. عبد الرازق فرج – ص ٨٨ وما بعدها .

(٢) د. عبد الرازق فرج – السابق .

المبحث الأول

الفقه

والفقه لغة الفهم ، وفي اصطلاح فقهاء الشريعة : هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من الأدلة التفصيلية ، أي مصادر التشريع وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، وغير ذلك من الأدلة المعتبرة في استنباط الأحكام .

وهو في اصطلاح فقهاء القانون : يقصد به استنباط الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية [1]، والاستنباط يقابل عمل الأصوليين عند فقهاء الشريعة ،وهو لفظ غير دقيق في الدلالة على الفقه ، لأن الاستنباط يعني جملة الوسائل العلمية التي يتم من خلالها استنباط الحكم من النص القانوني ، ولذلك كان من المقبول أن يعرف الفقه بأنه : مجموعة الآراء التي يبديها شراح القانون وأساتذته ، سواء أكان ذلك في مؤلفاتهم القانونية ، أم في أبحاثهم ، أم في فتاواهم ، أم في تعليقاتهم على أحكام القضاء [2].

ويقوم الفقه بدور كبير في استنباط الأحكام من مصادرها وتحليلها ، كما يقوم الفقهاء بشرح القوانين ، وبيان شروط تطبيقها وضوابطه ، وللفقه دور في التأصيل وبيان الاتجاه العام للتشريع والقضاء ، كما أن الفقهاء يستنبطون المبادئ العامة من القواعد التفصيلية ، ويعتبر الفقه هو المصدر العلمي والعملي للقانون[3].

---

(١) د. عبد الرازق فرج – ص ٨٩ .

(٢) د. عبد المنعم البدراوي – السابق ، د. جميل الشرقاوي – ص ١٥٩ ، د. جمال الدين زكي – ص ١٨٦ د. عبد الحي حجازي – فقرة ٢٣٤ .

(٣) د. عبد المنعم البدراوي – السابق ، د. عبد المنعم فرج الصدة – فقرة ١١٧ .

أولا : دور الفقه في القانون الروماني :

كان الفقه مصدرا رسميا في القانون الروماني ، كما كان له فضل كبير في تقدمه ، وتحوله إلى قانون يحكم إمبراطورية واسعة شملت حوض البحر الأبيض المتوسط وكثيرا من البلاد الأوربية ،ويكفي أن الفقه قد أسفر عن وجود أهم المجموعات التي جمعها الإمبراطور جوستنيان في القانون الروماني إبان القرن السادس الميلادي ، وهي (الموسوعة) (الديجستب) Digesta ، التي حوت أحكام القانون الروماني مستقاة من كتابات فقهاء العصر العلمي .

وقد كان علم القانون وقفا على رجال الدين ، إلا أنه في السنوات الأخيرة من القرن الرابع قبل الميلاد ، استطاع هذا العلم أن يصل إلى الأفراد ، ومن ثم سنحت الفرصة لغير رجال الدين أن يشتغلوا بفقه القانون ، ولقوا قبولا من العامة في الرجوع إليهم عن رجال الدين ومن ثم نشأ الفقه الحر في روما ، وانتهى احتكار رجال الدين لعلم القانون .

وقد بلغ الفقه الروماني أوج عظمته في العصر العلمي الذي بدأ من سنة ١٣٠ ق.م ، حتى عام ٢٨٤ ميلادية ، وأهم معالم هذا العصر موسوعة جوستنيان ، ثم بدأ الفكر الروماني في التدهور منذ أواخر القرن الثالث للميلاد ووقف عن التطور والتجديد ، وأقتصر الأمر على الرجوع لمؤلفات العصر العلمي . واعترفت الدولة لبعض الفقهاء بإصدار فتاوى ملزمة للقضاء ، ومن أشهرهم خمسة فقهاء هم : مودستان ، وبول ، وأوليبان ، وباتيبان ، وجايوس ، وقد أصبحت فتاواهم وآراءهم مصادر ملزمة بعد موتهم ، ولما وضع جوستنيان مجموعته في القرن السادس الميلادي سنة ٥٢٣ ، استمد أحكامها من آراء هؤلاء الفقهاء [١].

ثانيا : دور الفقه في الشريعة الإسلامية :

وصلة الفقه بالشريعة الإسلامية وثيقة ، فهو شارح ومفصل لما ورد في الكتاب والسنة ، ولما جاء فيهما من أحكام عامة ومبادئ كلية وذلك من خلال أمرين هما:

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٢٣٧ وما بعدها .

(١) الإجماع :

ويقصد به اتفاق المجتهدين في عصر من العصور بعد وفاة الرسول - صلى الله عليه وسلم - على حكم شرعي في واقعة من الوقائع قولا أو فعلا ، ومتى انعقد الإجماع على هذا النحو من الفقهاء وجب اتباعه والعمل به .

وبشرط أن يصدر الإجماع من فقهاء مجتهدين وليس عواما أو جهالا بالأحكام الشرعية ، كما لا ينعقد الإجماع في عصر الرسول - صلى الله عليه وسلم - لأنه هو المرجع في فهم وتعرف الأحكام الشرعية .

(٢) الاجتهاد والرأي :

والاجتهاد هو بذل الجهد في معرفة حكم شرعي في غير موطن الإجماع . فلا يكون الاجتهاد حجة في ثبوت الحكم الذي رآه المجتهد ، بل يجب عليه أن يأخذ بما أسفر عنه اجتهاده ، وله أن يعدل عن رأيه إذا انتهى اجتهاده مرة أخرى إلى رأي مخالف إذا كان فقيها ، أما إذا كان حاكما أي قاضيا فإنه لا يجوز له أن يرجع.

ويشترط في المجتهد أن يكون عالما بالكتاب والسنة ، ومعرفة وجوه القياس وما يقبل منه وما لا يقبل ، وهذا يعني أنه يجب أن يكون متمكنا في أصول الفقه .

وعلى ضوء تلك المبادئ تكونت المذاهب الفقهية التي اشتهر منها الأئمة الأربعة أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل .

ولقد شيد الفقه الإسلامي تراثا غنيا ، وبناء ضخما من الفكر المضيء لفهم مبادئ الشريعة وأحكامها وفق النوازل المختلفة ، كما تشكلت منه القواعد الفقهية والأدلة المختلف فيها كالقياس والاستحسان والمصالح المرسلة والعرف .

ثالثا : الفقه في القانون المصري :

وفي القانون المصري لم يعد الفقه مصدرا رسميا ، ولكنه مصدر يستأنس به القاضي في استخلاص القواعد القانونية وتقصي مفهومها ، وكثيرا ما يرجع

القاضي إليه يستوحي منه حكمه ، كما أن الفقيه بدوره يقوم بالتعليق على أحكـام القضاء فيبين للقاضي طريق الصواب ، ويتجنب الانزلاق في مواطن الزلل .

كما يقوم الفقه بشرح نصوص القوانين ، وإظهار ما فيها من قصـور أو نقص ، وهذا يساعد المشرع في تدارك ما يعرض من قصور عنـد التشـريع أو تعديله ،ولهذا كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الحالي ينص فـي الفقرة الثالثة من المادة الأولى التي تتكلم عن مصادر القانون على أنه : " يستلهم القاضي في ذلك الأحكام التي أقرها القضاء والفقه مصريا كان أو أجنبيـا وذلـك استنادا إلى أن الفقه يعتبر من العناصر التي يستأنس بها القاضي في اسـتخلاص قواعد القانون ، وتقضي مفهومها دون أن تكون لها قوة الإلزام " ، ولكـن هـذا النص قد حذف لأن في القواعد العامة ما يغني عن حكمه [1]، لكنه بـالرغم مـن أهميته يعتبر مصدرا تفسيريا للقانون ، وليس مصدرا رسميا ولا يلتزم به القاضي أو المشرع .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني – جـ ١ – ص ١٩٢ .

المبحث الثاني

القضاء

يطلق لفظ القضاء في القانون ، ويراد بها أحد معنيين ، **الأول** : مجموعة المحاكم في بلد من البلاد ، وهي التي تقوم بتطبيق القواعد العامة المجردة على ما يعرض عليها من منازعات .

والثاني : مجموعة الأحكام الصادرة من جهة قضائية ، إما في جميع المسائل الداخلة في اختصاصها ، أو في مسألة معينة من هذه المسائل ، فيقال مثلا : القضاء المدني ، أوالقضاء الإداري ، وقد يحدث أن يستقر قضاء المحاكم على اتجاه معين في مسألة من المسائل ، وفي هذه الحالة يثور التساؤل عما إذا كان القضاء مصدرا من مصادر القانون [1].

القضاء في القوانين القديمة :

(١) في القانون الروماني : كان للقضاء دور هام في القانون الروماني حيث كان البريتور Praetor في روما يتولى القضاء إلى جانب وظيفته الإدارية ، وكان كل بريتور يبدأ ولايته الوظيفية بإعلان منشور يبين فيه القواعد العامة التي سيسير عليها خلال فترة حكمه فيما يتعلق بسلطاته القضائية ، أو بسلطاته الإدارية والدعاوى التي تتبع ، وبتوالي صدور تلك المنشورات تكون ما يعرف بالمنشور الدائم ، الذي كان يسمى فيما بعد : القانون البريتوري ، الذي أصبح مصدرا من مصادر القانون ، يبين وسائل رفع الدعوى للبريتور في المجال القضائي ، والمجال التنفيذي أو الإداري [2].

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٢٤٤ ، د. جميل الشرقاوي – ص ١٦٨ ، د. عبد المنعم فرج الصدة – ص ١٥٩ ، د. جمال الدين زكي – فقرة ٧٦ ، د. عبد الرازق فرج – ص ٩٢ .

(٢) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٢٤٥ وما بعدها .

(٣) في النظام الأنجلوسكسوني :

في النظام الأنجلوسكسوني يعتبر القضاء مصدرا رسميا من مصادر القانون ، لأن القانون في البلاد التي تطبق هذا النظام ، قائم أساسا على السوابق القضائية ، فالقانون العام الإنجليزي تكون تكوينا قضائيا ، ولمعرفة أحكام هذا القانون يجب الرجوع إلى القضاء واستخلاصه منه ، وما زال التشريع في إنجلترا يعتبر حدثا استثنائيا لا يلجأ إليه إلا بقصد تكملة أو تعديل القانون العام الذي تكون تكوينا قضائيا بحتا .

وتقوم هناك مجموعات الأحكام مقام المجموعات القانونية ، وتسمى Law Roports ، ولذلك يلتزم القاضي الإنجليزي عند فصله في دعوى مرفوعة إليه بأن يفتش في السوابق القضائية مع الاستعانة بكتب الفقهاء التي تهديه إليها ، وتعتبر السوابق القضائية ملزمة إذا كان الحكم صادرا من المحكمة العليا (مجلس اللوردات) ، فيلزم حكم كل المحاكم ولا يجوز تعديله إلا بقانون ، وتليه في المنزلة: محكمة الاستئناف وحكمها ملزم لها ولما تحتها من المحاكم ، كما أن أحكام المحاكم الابتدائية تلزم محاكم المقاطعات وتلزم كل المحاكم الابتدائية ، أما أحكام محاكم المقاطعات ، وهي تشبه في النظام اللاتيني المحاكم الجزئية ، فهي غير ملزمة لأنها تستأنف دائما أمام المحاكم الابتدائية ، وطبقا لهذا النظام ليس على المتقاضي إلا أن يبحث عن سابقة قضائية ملزمة فتحكم له المحكمة من أول جلسة بحقه ، وليس من اللازم أن تكون هذه السابقة قد أصبحت قضاء مستقرا عليه حتى تعتبر حجة ، بل يكفي أن يصدر حكم واحد فيعتبر سابقة قضائية ، وما ذلك إلا لأن رجال القضاء هناك يختارون من صفوة رجال القانون الذين امضوا مددا طويلة في الاشتغال بالمحاماة ، أو في غيرها من الأعمال القانونية [١].

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٢٤٦ وما بعدها ، د. جمال الدين زكي – فقرة ٧٦ .

(٣) في النظام اللاتيني :

يقصتر دور القضاء في البلاد اللاتينية على تطبيق القانون لا خلقه ، فلا يجوز للقضاء أن ينشئ قواعد قانونية ، لأن هذا هو عمل السلطة التشريعية ، وأن دور القضاء لا يعدو أن يكون مصدرا للاستئناس ، ولا تعتبر أحكام المحاكم في البلاد اللاتينية سوابق قضائية ، كالنظام الأنجلوسكسوني ، فيجوز للمحاكم التي أصدرت الحكم أن تعدل عن المبدأ الذي جرت عليه ، ولا تتقيد أحكام لمحاكم الأخرى بحكم هذه المحكمة . لأن القانون يتكون في معظم أجزائه من التشريع ، ولذلك تسمى البلاد الخاضعة لهذا النظام ، ببلاد القانون المكتوب ، ووظيفة القضاء فيها هي تطبيق القانون لا صنعه .

ومع ذلك فإن بعض شراح القانون يرون أن القضاء مصدر للقانون على أساس أنه أوجد قواعد مستقرة أصبح لها من الاحترام ما للتشريع ، ولذلك قالوا : إن القضاء يصنع القانون عن طريق خلق عرف قضائي أو قاعدة نظامية (١).

ويقولون : إنه إذا صح القول بأن الأحكام لا تلزم المحكمة التي أصدرتها ، أو أي محكمة أخرى ، إلا أن هذا الإلزام وإن لم يكن قانونيا إلا أنه عملي ، خاصة أحكام محكمة النقض ، لأنها تعلم أن مصير حكمها في النهاية سوف يعرض عليها ، فهذا الإلزام وإن لم يكن قانونيا إلا أنه إلزام أدبي أو علمي ، وذلك من شأنه أن يكفي لجعل القضاء مصدرا من مصادر القانون ، ويمكن الرد على ذلك بأن القانون هو الفيصل ، وهو لا يلزم القاضي بقضائه ولا بقضاء غيره ، ولو كان أعلى مرتبة منه ، ومعنى ذلك أن القضاء لا يمكن اعتباره مصدرا رسميا للقانون .

حقيقة دور القضاء في نظامنا القانوني :

ليس هناك شك في أن أحكام القضاء غير ملزمة لأي درجة أخرى من درجاته وذلك أصل عام ، ولهذا يصح القول بأنه لا يعتبر عندنا مصدرا رسميا للقانون .

---

(١) من هؤلاء الفقهاء : الأستاذ لامبير في كتابه : وظيفة القانون المدني المقارن ، والأستاذ مور وليسرو ، وريبير ، وهيبرو ، راجع د. عبد المنعم البدراوي – ص ٢٤٨ هامش (١) .

لكن ليس معنى هذا أن القضاء لا يخلق قواعد قانونية ، لأنه يساهم في تكوين مبادئ القانون الطبيعي والعدالة ، وهي من مصادر القانون الرسمية التي يجب على القاضي أن يرجع إليها ، لكن تبقى القواعد القانونية التي يجتهد فيها القضاء من خلال تلك المبادئ مستندة في قوتها الملزمة إلى تطبيقها بالفعل بواسطة المحاكم نفسها ، دون أن ترقى إلى مرتبة الإلزام التشريعي ، فإذا اضطردت أحكام على مقتضاها ، أمكن القول باستقرارها عملا لا قانونا ، ولهذا تستطيع أي جهة قضائية أن تخرج عليها من الناحية النظرية المجردة ، وهذا هو جوهر الخلاف بين النظام اللاتيني والنظام الأنجلوسكسوني ، وأما التوحيد الذي تؤدي إليه محكمة النقض ، إنما هو توحيد من الناحية العملية أو الفعلية ، ولكن المحاكم تحرص على تحري اتجاهاتها خوفا من تعرض أحكامها - عندما تعرض عليها - للنقض ، وتقتصر وظيفتها على رقابة القاضي في تطبيقه للقانون وتفسيره ، ولذلك يجب التفرقة أمامها بين ما يعتبر من الوقائع وما يعتبر من القانون ، والأخير هو الذي يدخل في اختصاصها .

وفي إطار ذلك التوحيد القضائي صدر قانون المحكمة العليا في أول سبتمبر ١٩٦٩ ، وجعل من اختصاصها تفسير النصوص القانونية التي تستدعي ذلك تطبيقها ، أو أهميتها ، ضمانا لوحدة التطبيق القضائي وذلك بناء على طلب وزير العدل ، ويكون قرارها الصادر بالتفسير ملزما [1].

هذا ؛ وبالله التوفيق ، والحمد لله رب العالمين .

د. عبد الله مبروك النجار

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٢٥١ وما بعدها .

القسم الثانى
نظرية الحق

تقديم

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله، والصلاة والسلام على من بعثه ربه بالهدى ودين الحق، ليكون هو أساس دينه وقوام شريعته، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه ومن سار على منوال شريعته إلى يوم الدين .. وبعـــد :

فإن الحق عظيم في مبناه ومعناه، يستمد قدسيته من المولى - تبارك وتعالى - فهو أول من تسمى بالحق، قال الله تعالى: ﴿فذلكم الله ربكم الحق﴾، كما أن الحق هو أساس استقرار مبادئ العدل في المجتمعات الإنسانية وليس بعد ضياعه إلا الضلال، قال تعالى: ﴿فماذا بعد الحق إلا الضلال﴾، ومن ثم كان للحق في حياة الأفراد والمجتمعات أهمية بالغة لا تقل عن حق الحياة، بل لا نعجب إذا علمنا أن الحياة في حد ذاتها تمثل حقاً من الحقوق التي يشملها معنى الحق، وقد لقيت هذه الأهمية للحق، ما تستحقه من اهتمام الفقهاء والباحثين في مجالات الفقهيين الإسلامي والوضعي، وأسفر ذلك عن نظريات فقهية متكاملة تستهدف استجلاء أحكام الحق وبيان طبيعته، والتعريف به، وتفريد العناصر التي يقوم عليها ومن أهمها صاحب الحق؛ ومحل الحقوق ومصادرها واثباتها.

وفي إطار تلك الأهمية يجيء موضوع هذا الكتاب: ***«المبادئ العامة لفكرة الحق»***، الذي يمثل القسم الثاني من مادة: المدخل لدراسة العلوم القانونية"، والذى راعيت في وضعه أن يكون موجزاً

من غير إخلال، وواضحاً في غير غموض، راجياً أن يؤدى الغرض الذى الف له ومفيداً في موضوعه للمبتدئين والدارسين على السواء، خاصة وانه يتضمن اخر التعديلات القانونية التى تتصل بمسائله.

أدعو الله تبارك وتعالى أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهة الكريم وان ينفع به، انه سميع قريب مجيب الدعاء، هذا وبالله التوفيق.

دكتور

عبد الله مبروك النجار

أستاذ القانون المدني

بكلية الشريعة والقانون القاهرة

جامعة الأزهر

خطة الدراسة:

وسوف يشمل هذا الكتاب على بابين رئيسين:

الباب الأول: تعريف الحق وبيان أنواع الحقوق.

الباب الثاني: عناصر الحق.

الباب الأول

التعريف بالحق وبيان تصنيفات الحقوق

وفيه فصلان:

الفصل الأول:

تعريف الحق وتمييزه عما يختلط به.

الفصل الثاني:

تصنيفات الحقوق والمعيار الذي تقوم عليه وأنواعها.

الفصل الأول
تعريف الحق وتمييزه عما يختلط به

المبحث الأول
تعريف الحق في فقه القانون

لفظ الحق في معناه القانوني كثير ما يرد في لغة التخاطب العاديه بين عامة الناس، ويندر أن نجد من يشعر بصعوبة في إدراك مدلولها، وقصد القائل منها، فلو أن شخصاً عادياً تواتر على سمعه أن زيداً من الناس يملك هذا المنزل فإنه لا شك مدرك وبدون أدنى صعوبة، أن لزيد هذا دون غيره أن يستفيد منه بأن يستعمله بنفسه، كما أن له أن يستغله وان يتصرف فيه، وإذا قيل أن للعامل حقاً في الأجر قبل رب العمل، فأن الشخص البسيط يدرك أن للعامل بمقتضى ثبوت هذا الحق له أن يطالب رب العمل به، وان لم يدفع له مختاراً فله أن يلجأ إلى السلطات المختصة لإجباره على دفع هذا الحق، ومثل هذا يمكن أن يقال في حق الزوجة في النفقة على زوجها، وحق الدولة في جباية الضرائب من مموليها، وهكذا..

ورغم بساطة معنى الكلمة وسهولتها على مسامع الشخص العادي إلا أن فقهاء الشريعة والقانون حين يعرضون لتعريف الحق على نحو يبين ماهيته لا يتفقون على رأى واحد، حتى ان تعريف الحق ليعد من أكثر مسائل الفقه التي ثار بشأنها الخلاف بين الفقهاء، ولعل أساس هذا الاختلاف عند فقهاء القانون مرده – كما يرى الأستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور بحق – إلى ما يتمتع به أي تعريف من خصائص

متعددة الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة وضع تعريف واحد يجمع شتات كل هذه الأنواع[1].

وإذا كانت التعريفات التي وردت بالنسبة "للحق" من الكثرة والسعة بحيث يكون من الصعب حصرها، إلا أن الباحثين في هذا الصدد قد جرى عرفهم على تأصيل تلك التعريفات على النحو الذي يمكن من خلاله يسر تصور فكرتها، من خلال نظريات أو مذاهب، وينبغي للتعريف بالحق في فقه القانون استجلاء ذلك.

ومن المعروف فقهاً أن تعريفات الحق متعددة متباينة فهناك التعريف الشخصي الذي يرى أن الحق سلطة إرادية يعطيها القانون لصاحب الحق، وهناك في المقابل التعريف الموضوعي الذي يعرف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون، وهناك التعريفات المختلطة التي تجمع بين التعريفين السابقين، كما أن هناك تعريف الفقيه البلجيكي الأستاذ دابان DABIN في كتابه عن الحق، ويجدر بمن يريد أن يعطي

---

(١) د. منصور مصطفى منصور – المدخل للعلوم القانونية – نظرية الحق ص ٧ وما بعدها، مكتبة عبد الله وهبه ١٩٦٢م.
وراجع في نفس المعنى: د. نعمان محمد جمعة: دروس في المدخل للعلوم القانونية ص ٢٨١ وما بعدها – دار النهضة العربية ١٩٧٧م، حيث يقرر: أن كلمة الحق ليست هي الحالة الوحيدة، بل أن هناك العديد من الكلمات التي تثير نفس الصعوبة، وعلى سبيل المثال، فإن كلمة خطأ، معناها في اللغة الدارجة واضح، ولكن أمرها يدق إذا انتقلنا إلى لغة القانون وخاصة في مجال المسئولية المدنية، حيث يلتزم من تسبب بخطئه في الإضرار بالغير أن يعوض هذا الغير، ولا غرابة في ذلك، فهناك فارق بين الشيء المادي الذي تدركه بالحس وبين الشيء المعنوي الذي ندركه بعقولنا وبمخيلتنا، حيث يكون التعريف في الحالة الأولى سهلاً، ولا يحتمل خلافاً، لأن الأشياء المادية محددة من حيث كيانها وصفاتها، أما الأشياء المعنوية فإنها تعتمد في تعريفها على مخيلة صاحب التعريف، والخيال في مجال التعريف ليس منضبطاً لأنه لا يتطابق مع منطق العلم.

تصوراً صادقاً لماهية الحق أن يشير إلى تلك الاتجاهات في تعريفه، لأن كلا منها يركز على زاوية من زوايا الحق؛ ومن ثم فأن جوهر الحق يتضح وتبرز معالمه من خلال القاء نظرة على كل من هذه التعريفات.

أولاً: التعريف الشخصي للحق (نظرية الإرادة):

والحق وفقاً لهذا الاتجاه عبارة عن قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون لشخص معين[1]، وقد قال بهذه النظرية عدد من الفقهاء الألمان المشهود لهم بالتفوق في فقه القانون الخاص، وهم ويندشايد Windscheid وسافينى Savigny وجيرك Gierke, وأول ما يلفت النظر في تعريف الحق بأنه قدرة إرادية أمران:

أولهما:

---

(١) راجع في عرض هذا الاتجاه: د. شفيق شحاته - محاضرات في النظرية العامة للحق - ص ٨، وما بعدها طبعة ١٩٤٩م، د. شمس الدين الوكيل - محاضرات في النظرية العامة للحق ص ٨ طبعة ١٩٥٤م، د. إسماعيل غانم محاضرات في النظرية العامة للحق - ص ١ - طبعة ١٩٥٨م، د. حسن كيره أصول القانون - ص ٥٥٣ وما بعدها - الطبعة الثانية د. توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية - ص ١١ - طبعة ١٩٦٠م، د. أحمد سلامة - نظرية الحق - ص ٢٢ - مكتبة عبد الله وهبه ١٩٦٠م، د. منصور مصطفى منصور - نظرية الحق - ص ٨ - مكتبة عبد الله وهبه ١٩٦٢م، د. عبد الحي حجازى - نظرية الحق - ص ١١، د. جميل الشرقاوى - دروس في أصول القانون - ص ٢٠٩ - دار النهضة العربية ١٩٨٤م، د. نعمان جمعة - السابق ص ٢٨٣، د. عبد المنعم البدراوى - المدخل لدراسة القانون ص ٤٤٠ - دار النهضة العربية ببيروت ١٩٦٦م، د. فتحى عبد الرحيم عبد الله - نظرية الحق - ص ٨ - مكتبة الجلاء بالمنصورة ١٩٧٨م.

أن مضمون القدرة الإرادية الوارد في التعريف قد أثار تساؤلا حول المراد به، وعما إذا كان يعنى أن إرادة صاحب الحق ذات قوة بمعنى أنها تقوم بذاتها، أى أنها وحدها سبب كاف لإنتاج الأثر القانوني، أم أن المراد به أن الحق الذى يسنه القانون يتميز بأنه قدرة إرادية؟، ولعل ما أثار هذا التساؤل أن الأستاذ سالى يرى ان الحق علاقة فردية محضة يستمد سببه الأصيل ومصدره الأول من حرية إرادة الفرد، بينما يقرر هو في موضع آخر ومعه كثير من أنصار هذا الاتجاه، أن الحق مهما كان قدرة إرادية، فهو دائماً قدرة في حدود القانون لأن القانون هو الذى يمنح هذه القدرة للشخص، ومن ثم كان مضمون تلك القدرة الإرادية الواردة في التعريف مثيراً لهذا التساؤل[1].

ثانيهما:

أن هذه القدرة الإرادية لا يمنحها الشخص لنفسه، وإنما يمنحها له القانون من خلال ضع ضوابط معينة تحدد إطار استعمال الحق وحدوده، وذلك كما في حق الملكية مثلاً، فإن القانون هو الذى يضع وسائل نشأته وأسباب انتقاله وطرق حمايته فإذا ما أراد الشخص أن ينشئ حق ملكية سلك هذا الطريق الذى رسمه القانون، وكذلك الأمر إذا ما أراد الشخص أن ينقل حقه أو ينزل عنه أو أن يحميه عند الاعتداء عليه ومن ثم كان ما يفيده هذا التعريف أن القدرة الإرادية لا تعنى

(١) د. منصور مصطفى منصور - مرجع السابق - هامش (١).
وراجع:
DABIN (J): le droit sudjeetif, p.p. 56 et, s Paris 1952.

القدرة الذاتية للشخص بغض النظر عن موقف القانون، ومن ثم فإنه لا يعني أن حصول الحق يترتب على مجرد الإرادة، وإنما يعني أن الإرادة إذا تطابقت مع جوهر القانون يكون الإنسان صاحب حق[1].

وبمقتضى هذا التعريف يكون الحق سلطة أو قدرة يعترف بها القانون لإرادة فرد معين في أن يجرى عملاً معيناً، فحق الملكية مثلاً هو سلطة إرادية للشخص بمقتضاها يستطيع أن يستعمل الشيء ويستغله ويتصرف فيه، وحق الدائنين هو قدرة الفرد على أن يقتضي من أخر أمراً أو عملاً أو شيئاً معيناً كمبلغ من المال مثلاً[2].

ما يؤخذ على نظرية الإرادة:

وقد لاقى التعريف الذى قررته نظرية الإرادة نقداً شديداً في الفقه الحديث، على أساس أنها ربطت بين الحق والإرادة ربطاً غير صحيح، كما أنها خلطت بين قيام الحق واستعماله ومن ثم يكون الخلط واقعاً في أمرين:

أولهما: لقد ربطت هذه النظرية بين الحق والإرادة على نحو خاطئ، ولو كان هذا الربط صحيحاً لما أمكن وجود الحق دون إرادة مع أن الواقع يكذب ذلك، إذ أن كثيراً من الحقوق ينشأ بغض النظر عن توافر الإرادة، ذلك أن توافر الإرادة يعني أمرين، أولهما: أن صاحب الإرادة يهدف إلى النتيجة التى تحققت، وثانيهما: أن يعتد القانون بذلك، فلو أن نتيجة معينة قد تحققت دون علم صاحب الحق لما أمكن القول

(١) في هذا المعنى: Dabn, op. cit., P. 57.

(٢) د. عبد المنعم البدراوى - المرجع والمكان السابقان.

أنه قد أراد تحققها، ولو أنه رغب في تحققها ولكن لم تكن له قدرة قانوناً في ذلك لما أمكن القول بأنه قد اراد تحققها أيضاً، فليس كل قصد أو رغبة يعتبر إرادة في نظر القانون، بل أنها لا تعتبر في نظر القانون كذلك حتى يتوافر لدى صاحب الحق الإدراك أو التمييز، فالطفل الذى لم يبلغ السابعة من عمره لا يكون لديه تمييز ومثله المجنون، فإذا رغب هذا الطفل أو هذا المجنون في شيء فإن رغبته لا تكون إرادة في نظر القانون إذ ليست له القدرة القانونية على أن يريد، ومن ثم فإنه إذا ما نشأت حقوق لشخص دون أن يعلم أو إذا كانت للصبى غير المميز أو للمجنون حقوق، فإن تعريف الحق بأنه قدرة إرادية يصبح غير صحيح، إذ أن مثل هذه الحقوق كثيراً ما تنشأ وذلك كما في الميراث والوصية وكذلك الأمر بالنسبة للصغير غير المميز والمجنون فإن لكل واحد منهما حقوقاً مالية تنشأ له، وبالنسبة للحقوق غير المالية فإنها ربما تنشأ للشخص بمجرد الولادة وبصرف النظر عن إرادته، أو ليس للصبى والمجنون حق في الحياة؟، ولو كان الحق متوقفاً على الإرادة لما كان لهما حق الحياة، بل أن هناك حقوقاً تثبت للاشخاص المعنوية، مع أنها ليست لها إرادة[1].

(١) د. أحمد سلامة – السابق – ص ١٣ وما بعدها، د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ٤٤١، د. منصور مصطفى منصور – السابق – ص ٩ هامش (١) حيث يقرر: أن اكتساب الشخص الحق دون أن يعلم بذلك لا يتعارض في شيء مع تعريف الحق بأنه قدرة إرادية، فليس هناك ما يحول دون أن يقرر القانون حقاً لشخص ما دون أن يعلم أو تكون له قدرة إرادية.

ثانيهما: أن هذه النظرية قد خلطت بين وجود الحق وبين استعماله، ذلك أن الصورة التي قد تلزم فيها الإرادة هي صورة استعمال الحق، فلو أن شخصاً كان يملك منزلاً ثم أصيب بجنون، لاشك أن حقه يبقى على المنزل ولا ينتهي بالجنون كما سبق القول، لكنه إذا رغب في بيع المنزل فلن يتمكن من ذلك لأنه ليست له إرادة معتبرة قانوناً، فهنا يجب توافر الإرادة لاستعمال الحق عن طريق التصرف فيه ومن ثم يتضح أن هناك فرقاً بين ثبوت الحق وبين استعماله[1]، وحتى بالنسبة لاستعمال الحق، فليست الإرادة بلازمة في كل صور الاستعمال، ففي المثال المتقدم يستطيع المجنون أن يسكن في منزله رغم أنه ليست له إرادة وتكون سكناه - كإحدى صور استعمال الحق - ممكنة ومتصورة قانوناً، ومن ثم تكون تلك النظرية حين ربطت بين الإرادة والحق إنما تكون قد خلطت بين وجود الحق وبين استعماله، بل وبين بعض صور استعماله فقط، ومن ثم كان تعريف الحق بأنه قدرة إدارية غير مقبول[2].

---

(1) د. أحمد سلامة - المرجع نفسه - ص ٢٤، وقارن: د. جميل الشرقاوى - السابق - ص ٢١، حيث يرى أن الإرادة وأن كانت غير لازمة لكسب الحق إلا أنها لممارسته ووضعه موضع التنفيذ كما أن هناك صوراً لا يلزم لها توافر الإرادة كسكنى الدار وركوب السيارة من صبي لا إرادة له.

(2) Marty (G) et Raynaud (P): Droit civil T 1, P. 241, No 139 Paris 1956., Dabin, op cit., pp. 59 ets.

وانظر في الفقه المصرى: د. إسماعيل غانم - السابق - ص ١٠ وما بعدها، د. حسن كيرة - السابق - ص ٥٥٣ وما بعدها، د. شمس الدين الوكيل - السابق - ص ٨ وما بعدها. د. عبد الحي حجازى - السابق - ص ١٢، د. عبد المنعم البدراوى، المرجع والمكان السابقان - وقارن د. جميل الشرقاوى المرجع والمكان السابقان= =د.محمد على

ثانياً: التعريف الموضوعى للحق (نظرية المصلحة):

وتعريف الحق وفقاً لهذا الاتجاه تحكمه نظرية المصلحة[1] وبمقتضاها يعرف الحق بأنه: "مصلحة يحميها القانون"، وقد سميت النظرية التى تحكم هذا الاتجاه بنظرية المصلحة وبالنظرية الموضوعية على أساس أن أنصارها يعرفون الحق بالنظر إلى موضوعه، وذلك في مقابل تسمية نظرية الإرادة بالنظرية الشخصية حيث تعرف الحق وفقاً لمقتضاها بالنظر إلى شخص صاحبه.

فالمصلحة هي العنصر الجوهرى في الحق وهى غايته وقد تزعم هذا الاتجاه الفليسوف الألمانى (اهرنج)[2] Ihering ويبدو من خلال النظر في تعريف الحق وفقاً لموضوعه أنه قد تفادى الاحالة إلى أى دور للإرادة، والمصلحة التى يتضمنها حق الملكية حيث تتمثل في قيمة مالية، كما يمكن أن تكون المصلحة معنوية كالحق في الشرف والحرية وغيرهما[3].

عمران – المدخل لدراسة القانون لطلبة كلية التجارة، ص ٢٠١ وما بعدها طبعة ١٩٧٢م، د. حمدى عبد الرحمن – فكرة الحق ص ١٠ – دار الفكر العربى، د. توفيق فرج السابق ص ٤٤٢ وما بعدها.

(١) د. منصور مصطفى منصور – السابق – ص ١١ وانظر هامش (١) نفس المكان حيث يقرر: أن المصلحة ليست موضوع الحق بل هى هدفه أو غايته، أما موضوع الحق فهو القيمة أو بتعبير أدق ما له قيمة.

(2) Ihering: L'esprit du droit romain, Traduction Française Meulenaere, 3e ed, T4, 1888 PP. 317 ets.

(٣) د. حمدى عبد الرحمن – فكرة الحق – ص ١٣، د. فتحى عبد الرحيم عبد الله – ال... – ص ٩، د. أحمد سلامة – السابق – ص ٢٥، د. منصور مصطفى منصور – ... – ص ١١، وعبد المنعم البدراوى – السابق – ص ٤٤٢، د. عبد الحى =

ووفقاً لتعريف (أهرنج) للحق بأنه مصلحة يحميها القانون، نجد أن الحق يتكون في نظره من عنصرين، أحدهما: العنصر الموضوعي أو المادي، ويتمثل في الغاية العملية التي يحققها الحق لصاحبه، وهذه الغاية هي مصلحة أو مزية أو مغنم معين، أما العنصر الثاني: فهو عنصر شكلي، يتمثل في حماية القانون من خلال الدعوى القضائية، فكل حق له غاية معينة يحققها لصاحبه، وهذه الغاية إذا نظرنا إليها في ذاتها وجدناها قيمة مادية أو أدبية وهذه المصلحة المادية أو الأدبية التي يهدف الحق إلى تحقيقها هي في الواقع جوهره، فإذا أضفنا لذلك حماية القانون من خلال الدعوى يتم وجود الحق[1].

نقد النظرية الموضوعية:

وقد استهدفت النظرية الموضوعية في تعريف الحق بدورها للنقد، ولم يكتب لها الذيوع في الوسط الفقهي، حيث اعترض عليها من وجهين:

أولهما: أن تعريف الحق بالمصلحة، ليس تعريفاً له، وإنما هو تعريف لهدفه أو للغاية منه[2]، ولا يمكن منطقياً أن تعطي الشيء نفس التعريف الذي نعطيه لهدفه، فمثلاً لا أستطيع أن أعرف ملكيتي لمنزل

=حجازي – السابق – ص ١٢، د. محمد شكري سرور – النظرية العامة للحق – ص ١٨، دار الفكر العربي ١٩٨٩م.

(١) راجع في تحليل تعريف الفقيه أهرنج للحق: DABIN: Op cit., P. 65.

(٢) د. أحمد سلامة – السابق – ص ٢٦ ودابان السابق ص ٦٩ وما بعدها.

بالفائدة التى تعود على من تملك المنزل[1]، فهذه الفائدة لن تتحقق إلا بعد قيام الملكية، ومن ثم يبقى السؤال قائماً بلا إجابة، وما هى ملكيتى التى يعود منها النفع على؟.

ثانيهما: أن هذه النظرية قد جعلت للحق عنصرين، عنصر جوهرى وهو المصلحة، وعنصر شكلى وهو الحماية القانونية، واعتبار المصلحة في تعريف الحق، منقوض من ناحية أن هناك مصالح معينة لا ترتفع إلى مرتبة الحق، وإنما تكون حالة واقعية[2].

ومن أمثلة ذلك ما لو تعاقد شخص يسكن الدور العلوى مع شخص آخر على أن يقوم هذا الأخير بفرش السلم وإضاءته حتى الدور الذى يسكن فيه، فإن سكان الأدوار السفلى يستفيدون من هذا التعاقد، وتكون لهم مصلحة في استمرار الفرش والانارة لكن هل هذه المصلحة ترقى لأن يكون لهم حق في ذلك، يؤدى على فرض امتناع الملتزم عن الفرش والانارة أن يطالبوه باعادتها؟ وبالقطع لا!، فالمصلحة هنا مشروعة لكنها لا تكون حقاً لانها غير مشمولة بحماية القانون[3].

وإذا كانت هذه النظرية قد قدرت أن الحماية ركن جوهرى في قيام الحق، حتى ولو كان ركناً شكلياً، فإنها تكون قد أخطأت أيضاً، لأن الحماية لا يضفيها القانون إلا على حقوق قد قامت بالفعل وتم نشوؤها، فالحماية أثر لقيام الحق، وليست ركناً يسهم في قيامه فهى صفة بعدية،

---

(١) المرجع والمكان السابقان.

(٢) د. أحمد سلامة – السابق – ص ٢٧.

(٣) د. حسن كيرة – السابق – ص ٥٥٧.

ولا يمكن اعتبار أمر لاحق على قيام شيء معين جزءاً مكوناً لهذا الشيء، وإلا لوقعنا في حلقة مفرغة، فهذا الشيء لن يتكون إلا بتوافر هذا الأمر، وهذا الأمر لن يتوافر إلا بتكون هذا الشيء[1]، ومن ثم كانت تلك النظرية غير صالحة لاعطاء مفهوم صادق للحق.

ثالثاً: تعريف الحق بأنه قدرة ومصلحة (النظرية المختلطة):

ذهب البعض في تعريف الحق إلى الجمع بين عنصرى الإرادة والمصلحة، وهم يسمون لذلك أصحاب المذهب المختلط كما سميت النظرية التى تعبر عن جوهر هذا التعريف للحق بالنظرية المختلطة لذلك ولأنها تجمع بين النظريتين السابقتين وبمقتضاها فإن الحق ليس إرادة فقط، وليس مصلحة فقط وإنما هو جماع الإرادة والمصلحة[2]، وأصحاب تلك النظرية في تعريف الحق اختلفوا فيما بينهم حول أى العنصرين يطغى على الآخر، مع اتفاقهم على ضرورة الجمع بين عنصر الإرادة والمصلحة، فمنهم من جعل اعتبار الإرادة هو الغالب، فقال: إن الحق قدرة إرادية اعطيت لشخص في سبيل تحقيق مصلحة، ومنهم من جعل اعتبار المصلحة هو الغالب فقال: إن الحق مصلحة محمية تسهر على تحقيقها والزود عنها قدرة إرادية[3].

---

(١) د. أحمد سلامه – المرجع والمكان السابقان، ودابان، المرجع نفسه ص ٧١.

(2) Dabin: op. cit., PP. 72, ets.

(٣) د. أحمد سلامه – السابق – ص ٢٨، د. عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ٤٤٤، د. جميل الشرقاوى – السابق ص ٢١٤ ومما ذكره الفقه أن من أنصار تغليب المصلحة الفقيه حيلينك Jellinek، وميشو Mlichoud، وأن من أنصار تغليب = =الإرادة

ويرى الفقه أن هذا الاختلاف ليس بذى قيمة، إذ المهم أن هذا الاتجاه يقوم على الجمع بين الإرادة والمصلحة محققاً بذلك التوازن والتوفيق بين الاتجاهين الشخصى والموضوعى في تعريف الحق(١).

الانتقادات الموجهة للنظرية المختلطة:

ويبدو كما هو واضح أن النظرية المختلطة تقوم على انقاض النظريتين المتقدمتين الشخصية والموضوعية، ولكن كما يقول الأستاذ الدكتور أحمد سلامه: من قال بأن الأنقاض وحدها تصلح لتشييد بناء سليم؟، ومن ثم فإن تلك النظرية التى حاولت أن تقوم على الانقاض يجب أن ترفض، لأن الحق ليس إرادة وليس مصلحة، وبالأولى ليس خليطاً منهما ولهذا لم يبذل الفقه جهداً في رفضها(٢).

رابعاً: تعريف الأستاذ دابان للحق:

الفقيه سالى Salles، وراجع .Dabin: op. cit., P. 72، ود. حسن كيره أصول القانون رقم ٢٣٨، د. توفيق فرج - السابق - ص ٤٤٨.

(١) د. نزيه محمد الصادق المهدى - المدخل لدراسة القانون جـ ٢ - نظرية الحق - ص ٢٤ - دار النهضة العربية.

(٢) د أحمد سلامه - المرجع نفسه - ص ٢٨، د. نزيه المهدى - المرجع والمكان السابقان، ...د المنعم البدراوى-المرجع والمكان السابقان، د.نعمان جمعة-المرجع نفسه ص٢٩٣ وراجع: Dabin: Op. cit., P. 72 ets.

وقد قام البلجيكى الأستاذ "جان دابان"[1] في مؤلفه عن الحق: Le Droit Subjectif والمنشور سنة ١٩٥٢م، بشرح النظريات التى قيلت في تعريف الحق ثم تناولها بالنقد والتحليل في محاولة للوصول إلى تعريف محدد وصادق للحق، وقد انتهى من خلال دراسته إلى تعريف الحق بأنه: استئثار بقيمة معينة يمنحه القانون لشخص ويحميه[2].

وبالنظر في تعريف "دابان" للحق نجد أنه يمكن تحليله إلى عنصرين هما الاستئثار والتسلط، وهذان العنصران عنده بمثابة وجهين لعملة واحدة، من ثم فإن عبارة الاستئثار والتسلط في نظره تكاد تكون كلمة مركبة يسمى بها الحق[3].

تعريف دابان للحق بين الصبغة الشخصية والموضوعية:

وقد ذهب دابان في مؤلفه الرئيسى عن الحق، والذى قام بنشره سنة ١٩٥٢م، إلى انتقاد المذهب الشخصى البحت للحق بأنه يرتبط بالمذهب الفردى المطلق وبمبدأ سلطان الإرادة وبالآثار المطلقة للحق، وأن علاج هذا الاطلاق يكون عن طريق اضفاء الصبغة الموضوعية على الحق، والتى من شأنها تحقيق هذا الاطلاق والتقييد من الآثار المطلقة لمبدأ سلطان الإرادة من منطلق أن النزعة الشخصية تعكس الاطلاق، بينما النزعة الموضوعية تبرر التقييد[4].

---

(١) الأستاذ حان دابان، أستاذ بجامعة لوفان البلجيكية وهو صاحب المؤلف المشهور الذى خصص لدراسة الحق ويعد هذا المؤلف من أهم الأبحاث القانونية في موضوع الحق وكان له أكبر الأثر في كتابات الشراح في كل من فرنسا ومصر.

(2) Dabin: op. cit., PP. 82, 83.

(٣) دابان – المرجع والمكان السابقان.

(٤) المرجع نفسه – ص ١٨ وما بعدها.

ولكن الأستاذ دابان عاد في مقال جديد له منشور في مجلة فلسفة القانون سنة ١٩٦٤م، تحت عنوان: "الحق والنزعة الشخصية"، ليقرر أن نظريته في إدخال المفهوم الموضوعي في طبيعة الحق ليس من شأنه تحويله كلية إلى عنصر موضوعي خالص، بل على العكس من ذلك، فإنها ترمي إلى تدعيم المذهب الشخصي في الحق بعد تعديله وتقييده بما يجعله يتفادى الانتقادات الموجهة إليه في صورته المتطرفة[1].

ولعل هذا التعديل الذي أدخله الأستاذ دابان على نظريته هو ما جعل بعض الفقهاء المعاصرين يرون أن نظريته تقوم على توازن متعادل بين المذهبين الشخصي والموضوعي، وتشتمل على تأثير متبادل لكل من العنصرين الموضوعي والشخصي في الحق تأثيراً تظهر فيه في نفس الوقت أهمية وضرورة العنصر الشخصي، ومن ثم تكون نظرية دابان في تعريف الحق تقوم على دعامتين:

الدعامة الأولى: هي الاستئثار والتسلط:

وتتمثل تلك الدعامة في تصوير دابان للحق على أساس أنه استئثار وتسلط[2]، ومن ثم، فإن تلك الدعامة تنشطر بدورها إلى عنصرين

---

(١) دابان – الحق والنزعة الشخصية القانونية، منشور بمجلة فلسفة القانون سنة ١٩٦٤م ص ٢٩، ومشار إليه في د. نزيه المهدي – المرجع السابق ص ٢٤ وما بعدها هامش د د؛ [illegible] – المرجع السابق ص ١٦، ١٧؛

(٢) .. الاستئثار مترجم من الاصطلاح الفرنسي: Appartenance وهو أحياناً يترجم بمعنى الاختصاص، وكلمة نسبة أقرب إلى التعبير الدقيق، راجع: د. منصور مصطفى منصور – المرجع نفسه ص ١٦ هامش (١).

أولهما: موضوعي، وثانيهما: شخصي.

أما العنصر الأول: فإنه عنصر موضوعي في الحق يتمثل في اختصاص الشخص بمال معين وقيمة معينة، اختصاصاً يعكس أهمية موضوع الحق، دون أن يرتبط بالإرادة بحيث يكون من الممكن أن يثبت لفاقدي الإرادة، كالصبي غير المميز بمعنى أن عنصر الاستئثار ليس أساسه الإرادة ولا المصلحة، وإنما الشيء موضوع الحق، ومن ثم فإن هذا الاستئثار مستقل من ناحية أولى عن المصلحة، فالحق يوجد إذا وجد الاستئثار، فهو جوهر الحق وشيء داخلي فيه، أما المصلحة فإنها ليست جوهر الحق، بل هي هدفه، ومن ناحية ثانية: يتميز الاستئثار عن الإرادة ولا يرتبط بها، لأنه قد يثبت لشخص لا تتوافر لديه الإرادة كعديم الأهلية ولا دخل للإرادة في اكتساب الحق بدليل أن الاستئثار كعنصر في الحق، قد يثبت لبعض الأشخاص، دون دخل للإرادة مثل الغائب التي تثبت له الحقوق رغم غيابه[1].

وأما العنصر الشخصي، وهو التسلط، فإنه يعني قدرة الشخص أو سلطته في التصرف في الشيء محل الاستئثار، طالما أنه يخصه، فالتسلط على الشيء من لوازم استئثار صاحبه به.

---

(1) Dabin: Le Droit subjectif, 1952 pp, 81: 83.

وراجع: د. نزيه المهدي - المرجع نفسه ص ٢٥؛ دكتور عبد المنعم البدراوي - السابق - ص ٤٤٥، د. أحمد سلامه - السابق - ص ٧٩ وما بعدها، د. عبد المنعم البدراوي - السابق - ص ٢٩٤ وما بعدها حيث أبرز موضوع الاستئثار وصوره، د. حمد عبد الرحمن - فكرة الحق - ص ٢٣، حيث ذكر تحديداً لفكرة الأستاذ دابان في أربعة عناصر، هي الاختصاص أو الاستئثار والتسلط وثبوت الحق في مواجهة الغير والحماية القانونية، د. منصور مصطفى منصور - المرجع والمكان السابقان.

ويلاحظ أن الأستاذ دابان لم يفصل بين عنصرى الاستئثار والتسلط، أو العنصرين الموضوعى والشخصى في تصوير الحق، بل جعل عنصر التسلط لا ينفصل عن الأول، بل يتبعه ويكمله، ولا يمكن أن يكون لغير صاحب الحق، ولما كان الحق في نظره استئثاراً وتسلطاً، تكون الإرادة غير لازمة لوجود الحق، ومن ثم فإنه قد يثبت للقاصر، وعديم الأهلية، وإنما تكون الإرادة ضرورية لمباشرة الحق باسم القاصر، مثل قيام الولى أو الوصى بابرام التصرفات القانونية باسم القاصر، ولحسابه[1].

الدعامة الثانية: تتمثل في التبادل:

ولما كان الحق بهذا المفهوم النسبى الجديد لم يعد قائماً على سلطان الإرادة أو الاستقلال أو الحرية المطلقة على نحو ما هو معروف في التصور الشخصى البحت، وإنما أصبح قائماً على فكرة التقابل بين الحقوق المختلفة لدى الأشخاص بما يستتبع نشأة التزامات متبادلة بينهما لضمان احترام كل شخص لحقوق الآخرين بما يمثل مجرد التقييد من الطبيعة الشخصية البحتة لهذا الحق بما يحقق لها النسبية والتوازن[2] بين صاحب الحق والغير، بما يضمن احترام الحق وعدم التعدى عليه، وبما يمكن صاحب الحق من اقتضاء هذا الاحترام استناداً إلى الحماية القانونية المقررة لهذا الحق[3].

---

(1) Dabin: Op. cit., P. 88.

(٢) في هذا المعنى: د. نزيه المهدى – السابق – ص ٢٦، د. عبد المنعم البدراوى – المرجع نفسه – ص ٤٤٦ وما بعدها.

(٣) د. منصور مصطفى منصور – السابق – ص ١٨.

وبعد هذا التحليل انتهى الأستاذ دابان إلى تعريف الحق بأنه: "ميزة يمنحها القانون لشخص ويضمنها بوسائله وبمقتضاها يتصرف في قيمة[1] منسوبة إليه، باعتبارها له أو مستحق له[2].

وقد أخذ بتعريف الأستاذ دابان للحق، مع شيء من التغيير كثير من الفقهاء المحدثين في مصر، فذهب البعض إلى تعريف الحق بأنه: استئثار شخص بقيم أو أشياء معينة يخول له التسلط والاقتضاء ويهدف إلى تحقيق مصلحة يحميها القانون، لأنها ذات قيمة اجتماعية[3]، أو هو: استئثار شخص بقيمة معينة استئثارا يحميه القانون عن طريق التسلط والاقتضاء بغية تحقيق مصلحة لهذا الشخص يراها المجتمع جديرة بالحماية[4]. أو هو: تلك الرابطة التى بمقتضاها يخول القانون شخصاً من الأشخاص – على سبيل الانفراد والاستئثار – التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر[5] أو هو: استئثار بشيء أو بقيمة استئثاراً يحميه القانون[6].

---

(١) يلاحظ أن الأستاذ دابان يستعمل أحياناً كلمة قيمة Valeur ويستعمل أيضاً لفظ Bien، ولا يقصد به معناه الفني في لغة القانون أى "المال"، وإنما يقصد كل ما له قيمة سواء كانت القيمة مالية أم أدبية، راجع: د. منصور مصطفى منصور – المرجع نفسه – ص ١٦ هامش (١).

(2) Dabin: Op. cit., P. 105.

(٣) د. شمس الوكيل – السابق – ص ١١، حيث أخذ في تحليل التعريف على نحو ما فعل الأستاذ دابان.

(٤) د. إسماعيل غانم – السابق – ص ١٧.

(٥) د. حسين كيره – المرجع السابق – ص ٥٦٧.

(٦) د. توفيق حسن فرج – السابق – ص ٣٣.

كما عرفه البعض بانه: "استئثار يقره القانون"، مع التنبيه إلى أنه يقصد بالاستئثار المعنى الذى أورده دابان، فهو اختصاص بقيمة معينة سواء كان اختصاصاً لا يقتضى تدخلاً من أحد أو كان اختصاصاً يقتضى مثل هذا التدخل، مع الاشارة إلى أن الحماية لا تعتبر عنصراً من عناصر الحق[1].

---

(١) د. أحمد سلامه – المرجع نفسه – ص ٣٤ وما بعدها، وقد عرفه الأستاذ الدكتور شفيق شحاته بأنه: الصلة التى تربط بين طرفين وتقوم على مصلحة مشروعة، راجع له: محاضرات في النظرية العامة للحق – ص ١ وما بعدها – طبعة ١٩٤٩م كما عرفه الأستاذ الدكتور نعمان جمعه بأنه: المركز القانونى الذى يتمتع صاحبه بميزة يستأثر بها، ويستطيع أن يفرض احترامها على الغير، المرجع السابق، ص ٣١٧، وراجع د. عبد المنعم البدراوى – المرجع السابق – ص ٤٥٠، حيث يعرف الحق بأنه: اختصاص شخص بقيمة مالية أو أدبية معينة يمنحها له القانون، ود. عبد الودود يحيى -- المدخل لدراسة القانون – ص ٢٤٦ – طبعة ١٩٧٦م، حيث يعرف الحق بأنه: سلطة يقررها القانون لشخص معين يستطيع بمقتضاها القيام بأعمال معينة تحقيقاً لمصلحة يقرها القانون وقد اقترح الدكتور شمس الدين الوكيل تعريفاً للحق جاء فيه أنه: استئثار شخص بقيم أو أشياء معينة يخول له التسلط والاقتضاء، ويهدف إلى تحقيق مصلحة يحميها القانون لأنها ذات قيمة اجتماعية. راجع له: نظرية الحق في القانون المدنى ص ١١.

كما عرفه الدكتور نزيه المهدى بأنه: مركز قانونى مزدوج يتكون من عنصرين أحدهما: شخصى، ويتمثل في المزايا والمكنات التى يخولها هذا المركز لصاحبه، وثانيهما: موضوعى: يتمثل في القيود والحدود التى يرسمها القانون لممارسة هذه المزايا والمكنات، راجع له – نظرية الحق – السابق – ص ٣٧، وفي نفس المعنى د. محمد شكرى سرور – النظرية العامة للحق – ص ٣٨ فقرة ١٩ حيث عرف الحق بأنه: مركز قانونى يخول من ينفرد به – في حدود القانون – أن يستأثر بمصلحة ما أما بالحصول عليها مباشرة من تسلط على شيء أو باقتضائها ممن يكون في مركز المكلف بترتيبها – وقد عرفه الأستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور بأنه: نسبة مالية قيمة اجتماعية إلى شخص يقررها القانون، المرجع نفسه، ص ٢٠، وان كنت اعتقد أن مجرد النسبة ليست كافية في تحديد مضمون الحق ويبدو أن أستاذنا الجليل قد = اعتمد على ترجمة اللفظ الوارد في تعبير

تقدير نظرية الأستاذ دابان:

ورغم أن تعريف الأستاذ دابان للحق كان له أثر بالغ في الفقه إلا أنه لم يسلم هو الآخر من النقد، وكان مما أخذ عليه من ملاحظات يتمثل فيما يلي:

الأولى: تتعلق بعنصر الاستئثار، حيث جعله الأستاذ دابان مجرد عنصر من عدة عناصر قد تصل إلى أربعة، يتكون من مجموعها مضمون الحق، ويجعل اختصاص شخص بقيمة أو مال معين دون سائر الناس هو بعض معنى الحق، مع أنه يعني كل معنى الحق، بل مرادف لمعناه، ذلك أن معنى الحق يتمثل في استئثار شخص بقيمة أو مال دون سائر الناس[1].

الثانية: لقد عرف دابان الحق بأنه ميزة Prérogative دون أن يرد في تعريفه السابق، ما يبين معنى الميزة ودون أن يشرح مقصده منها بمناسبة التعريف مما يسمح له بمعنيين هما القدرة والمصلحة، ومن ثم فإن علينا أن نختار لها في تعريفه أحد هذين المعنيين، وبالرجوع إلى باقي عبارات التعريف، وعلى الخصوص قوله: إن هذه الميزة تجعل للشخص أن يتصرف في المال أو القيمة، يظهر أن الميزة معناها في تعريفه: السلطة أو القدرة، ومن ثم يبدوا أنه يأخذ بتعريف للحق يجمع بين القدرة والمصلحة، ومن ثم فإنه يكون قد وقع أسيراً

الأستاذ دابان Appartenance مع أن مجرد النسبة دون قدرة موازرة من القانون لا تكفي.

(١) د. جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ٢١٨.

للمذهب المختلط والمنتقد[١].

الثالثة: أن التعريف ينطوى على فصل بين واجب احترام الناس للحق والتزامهم به، وبين الوسيلة التى يقع بها اقتضاء هذا الواجب إذا وقع اخلال به، أى يفصل بين القدرة على الاقتضاء وبين الحماية القانونية التى تجعل لصاحب الحق استخدام وسائلها من الدعاوى والدفوع وغيرها، والتى يقع بها هذا الاقتضاء وهو فصل غير منطقى وعديم الفائدة[٢].

وقد انتهى الأستاذ الدكتور جميل الشرقاوى إلى اقتراح تعريف للحق حاصله: انه قدرة لشخص من الأشخاص على أن يقوم بعمل معين، يمنحها القانون ويحميها تحقيقاً لمصلحة يقرها[٣].

التعريف الراجح في نظرنا:

والتعريف الراجح لدى هو ما انتهى إلى اقتراحة الأستاذ الدكتور جميل الشرقاوى، لولا أن تركيب عباراته يشوبها بعض الاستطراد وعدم الترتيب، ومع التزامنا بالعناصر التى يقوم عليها هذا التعريف، فإننا يمكن أن نصوغه على النحو التالى:

---

(١) في هذا المعنى: د. جميل الشرقاوى - المرجع السابق - ص ٢١٩.

(٢) المرجع نفسه ص ٢١٨، وانظر هامش (١) حيث يقول: ولا يفوتنا بسبب اعتبار ذابان الحماية عنصراً في الحق أن نذكر أنه أخذ من قبل على الفقيه اهرنج، وهو بصدد نقد تعريفه للحق، أنه قد اعتبر الحماية وكنا في الحق ثم عاد في تحليله للحق واعتبرها عنصراً، فكأنه قد أوقع نفسه فيما أخذه على اهرنج.

(٣) المرجع [illegible] ص ٢٢٠.

" الحق قدرة يمنحها القانون لشخص معين تحقيقا لمصلحة مشروعة له في حدود القانون وحمايته".

المبحث الثاني
تمييز الحق عما يختلط به في القانون

وإذا كنا قد اخترنا تعريف الحق بأنه: قدرة يمنحها القانون لشخص معين تحقيقاً لمصلحة مشروعة، فإنه بهذا المعنى قد يختلط بعدد من المسائل التى قد تشتبه معه أو تختلط به، وذلك مثل المصلحة، والسلطة، والمكنة والحالة الشخصية، والأمل والرخصة، ونشير إلى ما يميز الحق عن هذه المصطلحات:

أولاً: الحق والمصلحة:

المصلحة هى الغرض العملى من الحق، وأنها ليست الحق في ذاته، حقيقة فإن كل حق ينطوى على مصلحة، ولكن ليست كل مصلحة توجد ضمن حق، فهناك مصالح يحميها القانون، دون أن يعطى صاحب المصلحة الوسيلة إلى تحقيق هذه الحماية حيث لا تقوم بها الدولة، وذلك مثل حماية الدولة للنظام العام، فإن من شأن حمايته حماية مصالح خاصة للأفراد، كما لو فرضت الدولة ضريبة على نوع معين من الواردات بقصد زيادة ايرادتها فيترتب على ذلك حماية المنتج المحلى[1].

---

(١) د. عبد الحى حجازى-السابق-ص ١٩، د. نعمان جمعه - المصدر السابق - ص٣١٣.

ثانياً: الحق والسلطة:

والسلطة عنصر أصيل في الحق، ذلك أن الحق لابد أن ينطوى على سلطة، ولا يمكن أن يوجد حق بدون سلطة ولكن قد توجد سلطة لشخص لا يكون لـه حق كسلطة الوصى أو النائب[1]، والسلطة لابد لمباشرتها من إرادة لدى من يباشرها، أما الحق فلا يشترط لاكتسابه وجود الإرادة عند صاحبه، فعديم الأهلية يصلح لاكتساب الحقوق، ولكنه لا يستطيع أن يباشر السلطات التى تنشأ من هذه الحقوق وإنما يباشرها عنه وليه أو وصيه.

ثالثاً: الحق والمكنة:

المكنة هى الميزة التى ينطوى عليها الحق وليست هى الحق فى ذاته، ففى حق الملكية يكون للمالك مكنة الانتفاع مباشرة بالشىء المملوك له، وفى الحق الشخصى يكون للدائن مكنة مطالبة المدين بالدين.

ويتفرع على ذلك أنه إذا صح أن اقول أن لى حق ملكية على كتابى فلا يصح أن أقول: أن لى الحق فى أن أغير هذا الكتاب أو أن أرهنه أو أن أبيعه أو أن أمزقه فتلك مجرد مكنات تعتبر وسائل لاستعمال الحق، وليست هى حق الملكية.

ثم أن الحق ذو طابع مستقل فهو ينشأ من العلاقة القانونية ثم يستقل بعد ذلك عنها، ويكون له كيان قائم مستقل بذاته عن العلاقة التى استمد منها كيانه، فعقد البيع ينشىء للمشترى حقاً عينياً هو حق الملكية،

(١) د. نعمان جمعه – السابق – ص ٣١٦.

وبمجرد ما ينشأ هذا الحق، يكون له وجوده المستقل عن عقد البيع[1].

أما المكنة فلا تنشأ من العلاقة القانونية وإنما تنشأ من الحق وتبقى ما بقى الحق وتنقضى بانقضائه، فهى تابعة له وليس لها وجود مستقل عنه، فلا تسقط وحدها بالتقادم، بل تسقط تبعاً لسقوط الحق ويكون استعمالها لصاحب الحق وحده ما لم تنفصل عن الحق بفعل صاحبه كما لو نزل المالك عن مكنة الانتفاع بملكه لغيره على سبيل الايجار أو عارية الاستعمال[2].

رابعاً: الفرق بين الحالة الشخصية والحق:

الحالة الشخصية هى صفة قانونية دائمة بحسب الأصل تتوافر في الشخص، وينشأ له منها حقوق، بل وواجبات في بعض الأحيان، فهى ليست حقاً وإنما هى مصدر لحق، مثل أن يكون الشخص زوجاً، فهذه حالة شخصية يتفرع عنها أن يكون له حق الطاعة على زوجته، أو يكون الشخص أباً فهذه حالة شخصية يترتب عليها وجوب الانفاق على ولده، أو يكون الشخص وارثاً، فيترتب على تلك الحالة الشخصية حق الأرث فهذه كلها صفات قانونية، تمثل حالات شخصية وليست حقوقاً.

خامساً: الحق والأمل:

أن الأمل عبارة عن حق ناقص، فهو حق في دور التكوين أو هو جرثومة حق ينقصه أحد عناصر وجوده، ومن أمثلة الأمل:

---

(١) المرجع السابق ص ٢٠.

(٢) المرجع والمكان السابقان.

(١) أن يعلق الطرفان تصرفاً من التصرفات على تحقق واقعة مستقبلة غير محققة الوقوع، كأن يوصى شخص بكتبه لزيد إذا حصل هذا الأخير على الليسانس قبل ان يبلغ سن الرشد فالموصى له تحت شرط يعتبر صاحب أمل لا ذى حق.

(٢) كذلك واضع اليد على عقار بنية التملك ليس له على هذا العقار قبل اكتمال مدة التقادم، إلا مجرد الأمل وتكون حماية القانون لهذه الآمال بأن يسمح لأصحابها أن يتخذوا إجراءات تحفظية ففي حالة الوصية المعلقة على شرط يجوز للموصى له أن يطلب إلى الوارث أن يقدم إليه ضماناً يكفل له الحصول على الشيء الموصى به عند تحقق الشرط، وعندئذ فلا يخلو الأمر أما أن يمتنع تحقق العنصر الناقص فيزول الأمل، وإما أن يتحقق فيكتمل الحق[١].

سادساً: الحق والرخصة:

الرخصة هى الخيار المفتوح لشخص معين، والذى بمقتضاه يسمح له القانون بأن يعدل من مركزه القانونى وفقاً لمصلحته وفي حدود هذه المصلحة، فهى نوع من إمكانية الاختيار مستمد من القانون بأن يغير مركزه القانونى.

ويتضح من هذا التعريف أن الرخصة لا تطابق كل حالة يكون فيها خيار بين أمرين، فلابد وأن يكون الخيار مصدره القانون وأن تكون ممارسته بقصد إنشاء أو تعديل مركز قانونى، ومثال ذلك

---

(١) د. عبد الحى حجازى - المرجع نفسه - ص ٢٢.

الرخصة الممنوحة للموصى له بأن يقبل الوصية أو يرفضها، والرخصة الممنوحة للشريك في المال الشائع في أن يطلب القسمة أو لا يطلبها.

فالرخصة تقترب من الحق في أن كلا منهما يستمدان وجودهما من القانون، وفي كون وجودهما وممارستهما يخضعان لعقود وشروط وضعها القانون، كما تختلف الرخصة عن الحق من حيث إن مجالها يكون في مرحلة إنشاء المراكز القانونية، وليس في مرحلة آثار هذه المراكز.

ويلاحظ أن الرخصة تختلف عن الحرية في أن الأخيرة وإن كانت تعطى لصاحبها اختياراً بين البدائل، إلا أن البدائل في الرخصة محدودة، وفي الحرية مجال الاختيار مفتوح بغير حدود ولا قيود وبغير إمكانية التوقع مقدماً[1].

---

(١) د. نعمان جمعه – المرجع نفسه ص ٣١٣ وما بعدها، د. عبد الرزاق السنهورى – مصادر الحق في الفقه الإسلامي – ص ٩، حيث يعرف الرخصة بأنها: مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة أو هى إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة.

الفصل الثاني

تصنيف الحقوق والمعيار التي تقوم عليه

كان تصنيف الحقوق المختلفة ولا يزال محل جدل كبير في الفقه واختلاف بين وجهات نظر الفقهاء فيه، وهذا الاختلاف منشؤه اختلاف الأساس الذى أقام كل فقيه عليه تصنيفه، والذى يستند بصفة خاصة على وصف كل حق على حده دون اعتبار للوحدة الموضوعية بينها، ولهذا غالباً ما يقع الخلط عند كثير من الفقهاء وهم بصدد تصنيف الحقوق المختلفة، بين أنواع الحقوق وأوصافها، ولما كان تصنيف الحقوق إلى حقوق مالية غير مالية شبه متفق عليه في الفقه، يكون ما ذكر فوق ذلك في كتب الشراح مجرد أوصاف لهذين النوعين، دون أن يرقى لأن يكون أنواعاً قائمة بذاتها، ومن ثم فإن هذا التصنيف يعتبر حرياً باعتباره والسير على منواله[1].

(١) د. نعمان محمد جمعه - المرجع السابق - ص ٣١٩، حيث يقرران التصنيف الأساسي للحقوق، هو حقوق مالية وحقوق غير مالية، وذلك لما له من أهمية قانونية، ومن ثم اختاره أساساً لدراسة، وفي نفس المعنى: د. عبد الحي حجازى - السابق - ص ٢٤، د. أحمد سلامة - السابق - ص ٤٥ وما بعدها، وقارن: د. منصور مصطفى منصور - السابق - ص ٢٧، دكتور شمس الوكيل - المرجع السابق - ص ١٣٩، حيث يصنف الحقوق إلى أربعة أصناف: حقوق الشخصية، والحقوق العينية والحقوق الذهنية وحقوق الدائنين والالتزامات، د. حمدى عبد الرحمن - السابق - ص ٤٢، حيث يصنف الحقوق إلى ثلاثة أقسام: الحقوق الشخصية والحقوق المالية وحق المؤلف، د. عبد المنعم البدراوى - السابق - ص ٤٥٢، حيث يصنف الحقوق إلى ثلاثة أصناف: الحقوق غير المالية، والحقوق المالية، والحقوق الذهنية، دكتور حسن كيره - المرجع السابق - ص ٥٧٦، د. جميل الشرقاوى - السابق - ص ٢٢٩ وما بعدها.

وأساس اختلاف وجهات النظر في شأن تقسيم الحقوق، هو اختلاف الزاوية التى استمدت منها كل وجهة المعيار التى تبنى عليه تقسيمها، ومن ثم فقد اختلفت تصنيفات الحقوق تبعاً لذلك[1].

وبداية أود أن أقرر مع كثير من الفقهاء الذين استلفتت أنظارهم أهمية تلك المسألة أنه من الأوفق أن ننظر إلى نوع القيمة التى يخولها الحق، فنقسم الحقوق على أساسها، إذ أن نوع القيمة يقدم معياراً واضحاً للتقسيم، فضلاً عن أنه معيار معترف به في الفقه منذ القديم، وهذه القيمة قد تكون مالية، وقد تكون غير مالية، فيقال تبعاً لذلك: أن الحق مالى أو غير مالى ومعنى أن القيمة مالية، أنها يمكن أن تقدر بالمال،

---

(١) راجع في هذا المعنى:

Dabin: Op. cit., P. 165, et s, Marity et Raynaud; Op. cit., P. 246, et s.

والدكتور أحمد سلامة – المرجع نفسه – ص ٤٥، د. حسن كيره – المرجع نفسه – ص ٥٧١ وما بعدها، وقد ذهب رأى إلى أن الحقوق تنقسم إلى حقوق مطلقة، وحقوق نسبية والأولى هى التى يحتج بها في مواجهة الكافة (كحق الملكية)، أما الثانية فهى التى يحتج بها في مواجهة شخص معين أو أشخاص معينين (كحق الدائنية)، بينما ذهب رأى إلى تقسيم الحقوق إلى حقوق فردية، وهى التى تثبت للشخص باعتباره فرداً، وحقوق جماعية، وهى التى تثبت للشخص باعتباره عضواً في جماعة، بينما ذهب رأى ثالث إلى تقسيم الحقوق إلى حقوق عامة، وحقوق خاصة والأولى هى التى ينظمها القانون العام، والثانية هى التى ينظمها القانون الخاص.

راجع: د. منصور مصطفى منصور – السابق – ص ٢٢ وما بعدها، د. إسماعيل غانم، المرجع السابق ص ٢١، دكتور عبد المنعم البدراوى – السابق – ص ٤٥١ وما بعدها، دكتور جميل الشرقاوى – المرجع والمكان السابقان، د. نعمان جمعة – المرجع السابق ص ٣١٩، وقد أخذ على الاتجاهات الثلاثة السابقة: أن الأولى تنطوى على صعوبات بالغة وتثير مسائل غاية في الدقة، والمحاولة الثانية قد قامت بحشد مجموعة من الحقوق غير مؤتلفه ويوحد بينها فوارق كبيرة، والمحاولة الثالثة لم تأت بجديد أكثر مما هو معروف من تقسيم القانون إلى عام وخاص، راجع د. حسن كيره – المرجع والمكان السابقان.

ومعنى أنها غير مالية أنها لا يمكن تقديرها بالمال، أو أنها يمكن ان تقدر بالمال، لكن القانون الذى اعترف بها وأقرها لا يسمح بالتصرف فيها، وذلك مثل الحقوق السياسية أو حقوق الشخصية مثلاً، على أن أساس تقدير الحق بالمال يتمثل في مدى إمكان الاعتياض عنه[1].

فإن قيل إن من الحقوق غير المالية ما يستتبع أثاراً مالية وذلك مثل حق البنوة يستتبع الارث، وحق النكاح يستوجب أثاراً مالية تنجم عنه، فإن رد مثل هذا الاعتراض يتمثل في الخلط بين الحق في ذاته، وبين النتائج التى تترتب عليه، والتى قد تسفر عن حقوق مالية مع كونه حقاً غير مالى، فحق البنوة وحق الارث حقان منفصلان، ولا يقدح في كونهما كذلك أن الثانى يكون نتيجة للأول، لكننا إذا اتبعنا معيار الاعتياض لاتضحت لنا حقيقة الحق فيهما، حيث لا يجوز لى ان اعتاض عنه، ومن ثم يكون الحق فيهما غير مالى[2]، وبالتالى يكون هذا المعيار هو معيار النظر إلى القيمة التى يخولها الحق بصرف النظر عن الأوصاف التى تعتريه.

وبالنظر إلى نوع القيم التى يخولها الحق نجد أن بعض تلك الحقوق يخول قيماً مالية، وبعضها يخول قيماً غير مالية وبعضها الآخر يخول قيماً ذات طبيعة مزدوجة مالية وغير مالية ونخصص لكل طائفة مبحثاً.

---

(١) د. أحمد سلامة - المرجع نفسه - ص ٤٦.

(2) Marty et Raynaud: Op. cit., P. 248, No. 144.

المبحث الأول

الحقوق غير المالية

والحقوق غير المالية تتمثل في الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان، وحقوق الأسرة.

أولاً: الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان:

وحقوق الشخصية، يعتبر من الاصطلاحات الشائعة والخلابة، لكنه رغم شيوعه ورنينه لا يعبر بوضوح عن الحقوق التى تدخل فى مدلوله، لأننا لو نظرنا بتدقيق لوجدنا أن كل أنواع الحقوق مسخرة لخدمة الشخص سواء كانت حقوقاً مالية أم غير مالية، بل أنه الغاية من وجود القانون هى كفالة حياة منظمة للفرد عن طريق تنظيم الحقوق، لكن من هذه الحقوق ما يكون ذو صله وثيقة بالشخص، وبعضها ما لا يكون كذلك، ومعنى الاتصال الوثيق للحق بشخص الإنسان، أن يثبت الحق لكل فرد في المجتمع لمجرد أنه إنسان بصرف النظر عن أى اعتبار آخر، وهذا هو المراد من اصطلاح حقوق الشخصية[1]، رغم اختلاف اطلاق التسميات على تلك الطائفة من الحقوق، كالحقوق الطبيعية، أو الحقوق العامة أو حقوق الإنسان، فإنها تتوخى غاية واحدة تتمثل في ضمان حماية الشخصية وازدهارها، وقد درجت بعض التشريعات، ومعها بعض الفقه إلى تحديد قائمة تضم تلك الحقوق على غرار ما فعل القانون السويسرى، لكن القانون المدنى المصرى لم

---

(١) د. أحمد سلامة – المرجع نفسه – ص ٤٨.

يساير تلك التشريعات - وقد أحسن صنعاً - حين اكتفى باضفاء حمايته عليها، حيث نص في المادة (٥٠) منه على أن: "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر" لاتفاق غالبية الفقه على عدم جدوى وضع قائمة تضم تلك الحقوق[1]، واستقراره على ردها إلى مجموعات ترتبط فيما بينها بوحدة الغرض وهو اتصالها الوثيق بشخص الإنسان وضرورتها لحمايته، وهذه المجموعات يمكن ردها إلى مجموعات ثلاث[2] تهدف الأولى منها إلى حماية كيان الشخص، وتهدف الثانية إلى تمييزه عن غيره، وتكفل الثالثة له مزاولة نشاطه والتعبير عن أفكاره.

(أ) الحقوق التى تتعلق بحماية كيان الإنسان:

ومما يدخل ضمن حقوق المجموعة الأولى: وهى التى تهدف إلى حماية كيان الشخص، الحقوق التى تحمى الكيان المادى مثل حق الشخص في الحياة وحقه في سلامة جسده، وفي عدم انتهاك حرمته بعد الموت، وحقه في التصرف المادى والقانونى.

---

(١) المرجع نفسه ص ٤٩، وراجع د. عبد الحي حجازى - المرجع السابق ص ٢٦، حيث يقرر ان الفقيه: جيرك Gierke قد أصاب في قوله: أن طائفة الحقوق الشخصية لا يمكن حصرها لأنها لا تنفد ويخس تأصيلها.

(2) Marty et Raynaud: Op. cit., P. 481.

وكذلك يدخل ضمن المجموعة الحقوق التى تحمى الكيان الأدبى، كالحق في الشرف والاعتبار، وكل ما يتعلق بالمقومات المعنوية للشخص[1].

(ب) حق الإنسان في تمييز ذاته:

ويدخل تحت تلك المجموعة من الحقوق التى تهدف إلى تمييز الشخص في ذاته وتحديده عن غيره، الحق في الاسم والحق في الشكل، والحق في السرية، ومن المؤكد أن القانون يحمى حق الإنسان في اسمه مهما كانت طبيعته[2] وأما الحق في الشكل فانه يتمثل في حق الإنسان أن يمنع نشر صورته أو تقليد سحنته، وأما الحق في السرية فهو ينطوى على عدم إذاعة صفات الشخص المادية والمعنوية التى لا يريد لغيره أن يعلمها، ومن هذا المنطلق، فقد كفل القانون سرية المخاطبات وحظر عدم إذاعة ما يصل إلى علم الشخص عن طريق مهنته[3].

---

(١) د. أحمد سلامة - المرجع نفسه - ص ٥٠، د. منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٣٠ وما بعدها، دكتور عبد الحى حجازى - المرجع السابق - ص ٢٦، حيث يرى: أن حقوق الشخصية يمكن تصنيفها إلى: حق الشخص في تمييز ذاته، وحقه في سلامة كيانه البدنى، وحقه في حماية كيانة الأدبى، وحقه في سلامة حرياته الشخصية وحقه في سلامة كيانه الفكرى.

راجع: د. شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص ١٣٩ وما بعدها.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ١ ص ٣٦٣.

(٣) د. أحمد سلامة - المرجع والمكان السابقان - د. عبد الحى حجازى - المرجع السابق - ص ٧

(جـ) حق الإنسان في التعبير عن أفكاره :

ويدخل في نطاق تلك المجموعة التي تتعلق بحق الإنسان في مزاولة نشاطه والتعبير عن أفكاره، حرية الغدو والرواح وحرية التفكير وحرية التعبير، وحرية الاعتقاد وحرية العمل وحق الشخص على نتاج ذهنه من الأعمال التي تكون من ابتكار الإنسان وإنتاجه(١).

ولا شك أن احترام الشخصية الإنسانية والتسليم للإنسان بحرياته العامة يقتضى أن يعترف له على إنتاجه الذهني من أفكار وأخيلة، بالحقوق التي تسمح لصاحبها أن يكون مهيمناً عليها، فتنسب إليه ويحق له نشرها أو منعها من النشر أو تعديلها على الصورة التي تتراءى له، كما تجعل له أن يتحكم فيستأثر بالفوائد المالية التي قد تنتج من هذا الاستغلال، هذه الحقوق التي تنشأ للفرد على هذا الإنتاج الذهني هي التي تسمى بالحقوق الذهنية أو المعنوية ومنها الحق الأدبي للمؤلف(٢).

خصائص حقوق الشخصية:

ولحقوق الشخصية خصائص تتميز بها ويتحدد مفهومها من خلالها وهذه الخصائص هي:

١- أنها حقوق مطلقة :

ومعنى أنها حقوق مطلقة أن الالتزام بها يقع على عاتق الكافة قبل صاحب الحق، لأن حق الفرد فيها يقابله واجب سلبي عام مؤداه أن

---

(١) د. أحمد سلامة - السابق - ص ٥٠، د. نعمان جمعة - المرجع السابق - ص ٢٧٥.

(٢) د. جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ٢٥١، د. شفيق شحاتة - نظرية الحق - ص ٢٤، د. عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص ٤٣.

يمتنع الكافة عن الاعتداء على هذا الحق.

٢- *أنها حقوق لا تقوم بالمال:*

ومعنى أنها لا تقوم بالمال، أى أنها لا تجرى عليها المعاوضة أصلاً، ومن ثم فإنها لا يمكن أن تقاس بالمقياس الذى تقاس به الأموال وهى النقود.

وليس معنى ذلك أن الاعتداء على هذه الحقوق لا يستحق عنه تعويض نقدى، لأن الاعتداء على هذه الحقوق قد يترتب عليه ضرر مالى مباشر، كما في حالة الاعتداء على حق المؤلف، أو غير مباشر كما في الاعتداء على الكيان الجسدى للشخص، في هذه الحالات لا جدال في وجوب الالتزام باصلاح الضرر، حتى في الضرر الأدبى الذى يصيب النفس من ألم وحزن، فإنه يستأهل التعويض الذى يقدر غالباً بالتقريب من منطلق أن التعادل الحسابى الكامل بين الضرر والتعويض ليس ممكناً حتي في الاضرار المادية المباشرة[1].

٣- *عدم قابليتها للتصرف فيها أو للانتقال للورثة:*

وقد ترتب على عدم تقوم حقوق الشخصية بالمال أنها لا يمكن التصرف فيها أو انتقالها إلى الورثه، ومع ذلك فانه يجوز لأعضاء أسرة المتوفى الذى اعتدى على اسمه أو أحد حقوق شخصيته أن يرفعوا ضد المعتدى دعوى بصفتهم الشخصية وذلك بسبب اغتصاب الغير لحق من حقوق شخصيته كاسمه مثلاً، وهم حين يرفعون الدعوى، لا

---

(١) د. عبد الحى حجازى – المرجع نفسه – ص ٤٥ وما بعدها.

يرفعونها باعتبارهم ورثه، وإنما باعتبار أنهم أصحاب حقوق خاصة بهم بصفة شخصية[1].

٤- *عدم قابليتها للسقوط وبالتقادم:*

كما تنشأ عن عدم مالية تلك الحقوق أنها لا تسقط بالتقادم وحتى حق الإنسان على اسمه فإنه لا يسقط كذلك بعدم استعماله مدة طويلة، لأنه من حقوق الشخصية وهى لا تسقط بالتقادم[2].

ثانياً: حقوق الأسرة:

وهى تلك الحقوق التى تثبت للإنسان باعتباره عضواً في أسرة معينة[3]، وتنشأ هذه الحقوق من الزواج أو من القرابة، ومن ثم فإنها تثبت لكل من الزوجين قبل الآخر أو للأقارب بعضهم على بعض[4].

وتنظم هذه الحقوق في مصر أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للأسرة المسلمة، أما بالنسبة لغير المسلمين من المسيحيين فإن حقوق الأسرة عندهم تحكمها الشريعة المسيحية، واليهود تحكمهم الشريعة اليهودية، ويبلغ عدد الشرائع التى تنظم أحكام الأسرة بالنسبة لغير المسلمين عموماً خمس عشرة شريعة، أثنتا عشرة للمسيحين، وثلاث

---

(١) المرجع نفسه ص ٤٦، وراجع في هذا المعنى كتابنا: "الضرر الأدبي ومدى ضمانه فقرة ٣٥٥ وما بعدها – الطبعة الأولى ١٩٩٠م.

(٢) المرجع نفسه ص ٤٧، د. أحمد سلامة – المرجع السابق – ص ٥٦، د. إسماعيل غانم – المرجع نفسه – ص ٢٦، د. حسن كيره – السابق – ص ٥٩٦.

(٣) د. أحمد سلامة – المرجع نفسه – ص ٥٧ وما بعدها، د. إسماعيل غانم – المرجع نفسه – ص ٢٦.

(٤) د. عبد الحي حجازى – السابق – ص ٤٧.

لليهود ومن ثم لم تعد القاعدة القانونية التى تنظم هذه الحقوق واحدة بل اختلفت بحسب ديانة وملة وطائفة الشخص، وهو موضع يجدر بالمشرع أن يقضى عليه فيضع قواعد موحدة بالنسبة للجميع، ولن تضيق الشريعة الإسلامية بتوحيد تلك القواعد، لأنها تصلح لحكم تصرفات المجتمع وحفظ حقوق أفراده على اختلاف معتقداتهم وتباين دياناتهم.

المبحث الثاني

الحقوق المالية

والحقوق المالية هى التى تهدف بحسب أصلها إلى تحقيق مصالح تقوم بالمال، وهى على عكس حقوق الشخصية يمكن التصرف فيها، كما يمكن ان تنتقل إلى الورثة، ويمكن النزول عنها، كما يمكن أن تسقط بالتقادم وقد جرى التشريع والفقه منذ زمان بعيد على تقسيم تلك الحقوق إلى قسمين هى الحقوق العينية والحقوق الشخصية.

أولاً: الحقوق العينية:

الحق العينى هو ذلك الحق الذى يرد على شيء مادى فيختص به الشخص ويتسلط عليه، فالحق العينى يخول صاحبه سلطة التسلط على الشيء مباشرة، وهى يلقى على الكافة واجباً عاماً يتمثل في احترام حق الغير وعدم التعرض لصاحب الحق في تمتعه بحقه، والسلطات التى يمنحها الحق العينى، وتسمى بمضمون الحق العينى، فإنها تختلف باختلاف أنواعه، وما إذا كان الحق العينى أصلياً أو تبعياً.

(أ) الحقوق العينية الأصلية:

وحق الملكية هو أهم تلك الحقوق، وهو الحق الذى بمقتضاه يحتكر الشخص سائر السلطات على شيء معين، حيث يعطى صاحبه سلطات كاملة على الشيء حتى انه ليختلط أحياناً في التعبير الدارج بمحله، فيقال: سيارتى، ومنزلى ولا يقال حق الملكية الذى لى على هذه السيارة أو المنزل، ولمالك الشيء في حدود القانون ان يستعمل الشيء ويستغله ويتصرف فيه[1].

وإلى جانب حق الملكية وهو أهم الحقوق العينية الأصلية نجد حقوقاً أخرى تنصب على أشياء مملوكة للغير، وبمقتضاها يستأثر صاحبها أو يختص بتسلط جزئي على الشيء إذ هو لا يحتكر سائر السلطات كما هو الحال بالنسبة للملكية، بل له فقط سلطات محدودة، وذلك مثل حق الانتفاع الذى يخول للشخص أن يستعمل وأن يستغل شيئاً مملوكاً للغير دون أن يكون له حق التصرف فيه، وينتهى هذا الحق بأنتهاء مدته أو بوفاة المنتفع، إذ أن هذا الحق لا يورث وينتهى هذا الحق بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة (المادة ٩٩٣) مدنى[2].

وإلى جانب ذلك هناك حق الحكر وهو نوع من الأجارة الطويلة الأجل ولكنه يعتبر من الحقوق العينية لأنه يقصد به الانتفاع بأرض الغير لمدة طويلة قد تمتد إلى ستين سنة (مادة ٩٩٩) مدنى، وهذا الحق

---

(١) د. شمس الدين الوكيل – المرجع نفسه – ص ١٤٢ وما بعدها، د. عبد المنعم البدراوى، ص ٥٠٦ وما بعدها، د. نعمان جمعه – المرجع السابق – ص ٣٤٠ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق ص ١٤٣، د. محمد على عمران – الحقوق العينية الأصلية ص ١٠ وما بعدها، دار النهضة العربية ١٩٧٩م.

مأخوذ من الشريعة الإسلامية وحكمته التشجيع على استصلاح الأرض من خلال استثمارها مدة تعوض ما أنفق عليها في اصلاحها.

كما يدخل في نطاق تلك الحقوق حق الارتفاق، أو الخدمات العقارية، وهو حق يخول لصاحبه أن يحد من منفعة عقار مملوك لشخص آخر لفائدة عقار يملكه، فهو تكليف يقرر لمنفعة عقار على عقار آخر، وذلك كحق المرور وحق المطل، وحق الشرب وحق المسيل أو المجرى، فالارتفاق يرد على منفعة محدودة ومعينة في عقار الغير بينما حق الانتفاع يصيب العقار كله.

(ب) الحقوق العينية التبعية:

وإذا كانت الحقوق العينية الأصلية تنشأ بصفة مستقلة وتعطى لصـ ـبها سلطة مباشرة على الشيء، فإن الحقوق العينية التبعية لا تنشأ بصفة مستقلة وإنما تنشأ ضماناً للوفاء بحق من الحقوق الشخصية، حين لا يجد الدائن الضمان الشخصي المتمثل في الكفالة كافياً، وتتنوع الحقوق العينية التبعية بحسب مصادرها إلى الرهن الرسمي، والرهن الحيازى وحق الاختصاص، وحقوق الامتياز[1].

ثانياً: الحقوق الشخصية:

والحقوق الشخصية، جمع للحق الشخصي الذى يترجم عن قيام رابطة بين شخصين بمقتضاها يجب على احدهما أداء معيناً قبل الآخر،

(١) د. محمد على عمران – السابق – ص ١٣، د. منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص ٥٠ وما بعدها، د. أحمد سلامة – السابق – ص ٧٧ وما بعدها؛ د. شمس الدين الوكيل – السابق – ص ١٤٤.

أو يكون لأحدهما أن يطلب من الآخر هذا الأداء، وبعبارة أخرى يكون أحدهما دائناً بأداء معين، ويكون الآخر ملتزماً أو مديناً لهذا الأداء، ولذلك يطلق على الحق الشخصي أيضاً: حق الدائنية، كما يعرف أيضاً: بالالتزام، والاطلاق الأول ينظر إلى مركز الدائن، بينما الثاني يأخذ في الاعتبار مركز المدين، ولما كان الحق الشخصي لا يتصور دون وجود دائن ومدين فإن كل هذه التسميات تعدو صحيحة، والمشرع المصري قد جعل الحق الشخصي مرادفاً للالتزام، حين عنون للقسم الأول من القانون المدني بعنوان: الالتزامات أو الحقوق الشخصية وتتمثل الحقوق الشخصية فيما يلي:

(١) الالتزام بعمل:

ومضمونه أن يقوم المدين بعمل يؤدي إلى معين، فإذا التزم عامل في مصنع كان ملتزماً بعمل هو القيام بما عهد به إليه، وإذا استأجر شخص منزلاً كان المؤجر ملزماً بعمل هو تسليم المنزل إلى المستأجر وهكذا.

(٢) الالتزام باعطاء:

ومضمونه نقل حق عيني، وذلك كما في الالتزام بنقل ملكية العقار المباع أو هبته، أو إنشاؤه كما في حالة إنشاء الرهن الرسمي من المدين الراهن.

(٣) الالتزام بامتناع:

ومضمونه ان يمتنع المدين عن فعل شيء كان يحل له أن يفعله لولا وجود هذا الالتزام، وذلك كمن يشترى أرضاً من شركة وتكون قد اشترطت في العقد إلا يبنى على الأرض عمارة سكنية أو مصنعاً[1].

هذه الأنواع الثلاثة للالتزام أو للأداء ان شئت الدقة عبارة عن قوالب يمكن أن تصب فيها صوراً لا تتناهى من الأداءات ومن هنا كانت الحقوق الشخصية لا تدخل تحت حصر، ذلك أنه وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة يجوز للأفراد ان ينشئوا ما يحلو لهم من هذه الحقوق، ولا يحد من حريتهم إلا قيد النظام العام والآداب.

المبحث الثالث

الحقوق المختلطة (حقوق المؤلف)

ويقصد بالحقوق المختلطة تلك التي تتضمن عديداً من المزايا بعضها يمكن تقويمه نقداً وبعضها الآخر لا يمكن تقويمه، ومثال ذلك: الحقوق الذهنية، وهي مجموعة الحقوق التي تقع على أشياء ذات طبيعة معنوية. أو هي الحقوق التي يكون محلها إنتاج ذهني يستمد قيمته مما فيه من ابتكار[2]. كحق الكاتب على الأفكار التي يتضمنها الكتاب أو المقال الذي يكتبه في أي مجال من مجالات الفكر، كالأداب والعلوم

---

(١) د. عبد الحي حجازي - السابق - ص ٧٥، د. أحمد سلامه - السابق - ص ٦٥، د. نعمان جمعه - المرجع السابق ص ٣٣٢ وما بعدها.

(٢) د. أحمد سلامه - المرجع والمكان السابقان، د. نعمان جمعه - المرجع السابق - ص ٣٧٥ وما بعدها.

والفنون، وكالحقوق المختلطة ومنها حق المؤلف، والأسماء والعلامات والبيانات التجارية وغيرها[1]. فإن لها جانبين:

أولهما: الجانب المالي:

وهو يتمثل في حق المؤلف أو صاحب الحق وحده يجني ثمار مؤلفه من خلال تقديره لملائمة عمله لتقديمه للجمهور عن طريق الاستغلال المباشر، وباعتبار أن المؤلف يمكن ان يشبع حاجات الأشخاص الآخرين تكون له قيمة مالية يمكن للمؤلف استثمارها من خلال مؤلفه.

ثانيهما: الحق الأدبي:

وهو جماع السلطات التي تهدف إلى حماية شخصية المؤلف في مظهرها الفكري، فله وحده حق تقرير نشر المصنف وتعيين طريقة النشر، وله الحق في أن ينسب مصنفه إليه وحده، وله وحده إدخال أي تعديل أو تحوير في مصنفه، وله أخيراً حق سحب مصنفه من التداول بعد نشره، وهذه العناصر تكون في مجموعها مضمون الحق الأدبي للمؤلف.

---

(١) د. أحمد سلامه – المرجع السابق – ص ٩٥، د. إسماعيل غانم – المرجع السابق – ص٥١، د. حسن كيره – المرجع السابق – ص ٦٣، وقارن: د. منصور مصطفى منصور – المرجع السابق – ص ٦٨: حيث يرى أن الأسماء والعلامات التجارية لا تعتبر من الحقوق الذهنية.

المبحث الرابع

حماية حقوق المؤلف

لقد كفل المشرع حماية حق المؤلف وذلك عن طريق توقيع الجزاءات المدنية والجزاءات الجنائية. على كل من يعتدى على حق المؤلف، وهناك إجراءات تحفظية يمكن اتخاذها في هذا الشأن لمنع الاعتداء على حق المؤلف، أو لوقف استمراره – وضماناً لفاعلية الجزاءات المنصوص عليها في القانون.

أ) الجزاء المدنى والجزاء الجنائى:

وقد قرر القانون جزاء مدنياً يتمثل في وقف الاعتداء على حق المؤلف وإزالة الآثار المترتبة على التعدى، كذكر اسم المؤلف إذا كان التعدى بحذفه. ويمكن للمحكمة أن تقضى بتدمير المصنف إذا كان التعدى فادحاً وخطيراً كان يكون تزويراً على المؤلف ينال من مكانته العلمية أو الأدبية بما يصعب معه إعادته إلى حالته الأولى[1].

ويجوز اللجوء إلى الاكراه المالى لتصحيح الضرر، ويجوز للمؤلف الحق بصفة عامة في الحصول على تعويض يجبر ضرره وفقاً للقواعد العامة للمسئولية المدنية.

وهناك جزاء جنائى وضعه المشرع لجريمة التقليد، وهى الحبس والغرامة التى لا تقل عن خمسة آلاف جنيه، ولا تزيد عن عشرة آلاف جنيه، أو إحدى هاتين العقوبتين، وتقوم الجريمة وفقاً لما نصت عليه

---

(١) المادة ٤٥ من قانون حماية المؤلف تنص على الاتلاف، مع أن أمر الاتلاف جوازى للقاضى - . أحمد سلامه - نظرية الحق - ١٩٧٤م ص ٣٢١، د. حمدى عبدالرحمن - فكرة الحق ص ١٥٩.

المادة (٤٧ من قانون حماية حق المؤلف) إذا حدث التعدى على حق من حقوق المؤلف المقررة في المواد ٥، ٦، ٧ من هذا القانون أو بيع المصنف المقلد أو المعروض للبيع[1]. وتشدد العقوبة في حالة العود إلى الحبس والغرامة التى لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تزيد على خمسين ألف جنيه. كما تقترن تلك العقوبة بعقوبة تبعية مثل غلق المؤسسة التى استغلها المقلدون مدة لا تزيد عن ستة أشهر وفي جميع الأحوال تقضى المحكمة بمصادرة النسخ المقلدة والأدوات المستخدمة في التقليد ونشر ملخص الحكم الصادر بالادانة في جريدة يومية واحدة أو أكثر على نفقه المحكوم عليه (م ٤٧/ ٣،٤).

ب) الإجراءات التحفظية:

وهناك إجراءات تحفظية: يمكن اللجوء إليها لحماية حق المؤلف إلى أن يتم الفصل فيما يدعيه المؤلف من تعد وقع على حق من حقوقه ومن ثم لا يترك القانون المؤلف دون حماية طوال الفترة التى يستغرقها نظر النزاع، وقد نصت على تلك الإجراءات التحفظية (المادة ٤٣ من قانون حماية حق المؤلف)، والتى تسمح لرئيس المحكمة الابتدائية المختصة، وذلك بالنسبة لكل مصنف ينشر أو يعرض دون اذن كتابى من المؤلف، أو ممن يخلفه أن يأمر بما يلى:

---

(١) د. أبو اليزيد المتيت - الحق على المصنفات الأدبية والفنية والعلمية - ص ١٤٩ - اسكندرية ١٩٦٨م، وقارن د. مختار القاضى - حق المؤلف - ص ١٠٠، د. عبد الرشيد مأمون - ص ٥٠٣ - وحكم محكمة السيدة زينب بتاريخ ١٩٣٥/٣/٢٥م المحاماه - س ١٤ - ص ٥٨٨ - رقم ٣٠٤.

١- وقف نشر المصنف أو عرضه أو صناعته.

٢- منع استمرار العرض القائم أو حظره مستقبلاً.

٣- توقيع الحجز على المصنف الأصلي أو على نسخه إذا عملت منه نسخ كالحروف المجموعة المعدة لطبع نسخ من كتاب، والقوالب المصبوبة المعدة لعمل نماذج من التمثال.

٤- توقيع الحجز على الايراد الناتج من النشر أو العرض بعد حصره بمعرفة خبير يندب لذلك إذا اقتضى الحال[1].

---

(١) وراجع في هذا الموضوع بصفة خاصة كتابنا: الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الأدبية في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون الطبعة الأولى ١٩٩١ - ص ١٤٧ وما بعدها.

الباب الثانى

عناصر فكرة الحق

وفكرة الحق تقوم على عناصر رئيسية. وهذه العناصر تمثل في نظر بعض الفقهاء أركاناً لفكرة الحق. وفي نظرنا أن ذلك لا يعدو أن يكون من قبيل الاختلاف اللفظي. فالعنصر والركن كلاهما يدخل في مكونات الشيىء. وفكرة الحق لها عناصر تقوم عليها وهى: أشخاص الحق، الذين يثبت لهم، وموضوع الحق، ومصادره، واثباته، وسوف نتناول هذه الموضوعات من خلال فصلين:

الفصل الأول: صاحب الحق.

الفصل الثانى: موضوع الحق ومصادره واثباته.

الفصل الأول
صاحـب الحق

وصاحب الحق هو كل شخص يثبت له الحق، ويكون له أن يستأثر بشـيء معيـن أو بقيمـة معينـة، ويعرف صـاحب الحـق عند البعـض، بشخص الحق، وصاحب الحق يعرف بالدائن الذى يقابله المدين، أو مـن يلتزم باحترام الحق، وصاحب الحق قد يكون شخصاً طبيعياً وقد يكـون شخصاً معنوياً أو اعتبارياً ونخصص لبيان كل واحد منهما فصلاً.

المبحث الأول
الشخص الطبيعى

والشخص الطبيعى هو الإنسان، ولئن كانت الحقوق يمكن أن تثبت لجميع الأشخاص أيا كان طبيعتها إلا أن هناك عدداً مـن الحقوق يقصد من تقريرها الحفاظ على قيم معينـة يتميز بهـا الشـخص الطبيعـى وهـو الإنسان، ولذلك يتمتع بها الإنسان وحده وقد نصت المادة (٥٣/١ مدنى) على أن: "الشخص الاعتبـارى يتمتـع بجميـع الحقـوق إلا مـا كـان منهـا ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية".

ووجود هذه الحقوق يقتضـى أن يكـون صـاحب الحـق موجـوداً ويتطلب أيضاً بيان هوية الشخص، وأهليتـه، ونخصـص لكـل موضـوع من هذه الموضوعات الثلاثة مطلباً:

المطلب الأول

وجود الشخص الطبيعى

وجود الشخص الطبيعى له بداية ونهاية، وما بين البداية والنهاية يمثل فترة وجود الشخص الطبيعى، ومع ذلك فإن الحمل المستكن، نظراً لأنه يمثل حياة خاصة فقد اعتد القانون بوجود تلك الحياة التى يتهيأ بها الجنين للانفصال والاستقلال بذاته، فأثبت له أهلية قانونية تسمى بأهلية الوجوب وبمقتضاها يكون الجنين صالحاً لاكتساب الحقوق دون التحمل بالالتزامات، ونلقى الضوء على بداية الشخصية وانتهائها.

أولاً: بداية الشخص الطبيعى:

وتبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً، كما تنتهى تلك الشخصية بموته، وقد نصت على ذلك المادة (٢٩ مدنى) في فقرتها الأولى، فالأصل أن تبدأ حياة الإنسان بتمام ولادته حياً، والاستثناء أن تبدأ من وقت الحمل المستكن[1]، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٣) المشار غليها على أن حقوق الحمل المستكن يحددها القانون، والنص كما يبدو من قراءته يشترط ولادة المولود حياً.

ولاده الطفل حياً:

ولئن كان بدء الشخصية يتحقق كما يقرر النص بولادته حياً، فان الولادة واقعة مادية ربما لا تثير خلافاً حول معناها وهى تتم بانفصال

(١) د. جلال العدوى – المراكز القانونية – ص ١١٠، مؤسسة الثقافة الجامعية ١٩٨٨م. د. شمس الدين الوكيل – نظرية الحق – ص ٢٣. د. مختار القاضى – أصول الحق ١٩٣٣م ص ٨٨.

المولود عن أمه بحيث يستقل بكيانه المادى عن كيانها، وينفرد بوجوده عن وجودها، فإذا لم يتم الانفصال التام بأن يقى جزء من الطفل داخل الرحم، فأن ذلك يعنى عدم تمام الولادة[1]. وقد أخذ المشرع بذلك وخرج به عما كان عليه العمل قبل صدور القانون المدنى حيث كان يكتفى بخروج معظم جسم المولود حياً، دون حاجة إلى ضرورة خروجه كله، وما أخذ به القانون المدنى الجديد أفضل، لأنه يسهل حسم المنازعات لأن أثبات الخروج الكلى أيسر من اثبات خروج معظم الجسم[2].

ويشترط أن يكون انفصال المولود حياً، ومن ثم لايثبت الشخصية القانونية لمن ينفصل ميتا كالسقط، وسواء كانت الوفاة سابقة على الولادة أو وقتها، ويستدل على الحياة بما يفيد وجودها، كالنبض والتنفس والحركة والبكاء، وفى حالة الشك يستعان برأى أهل الخبرة من الأطباء[3]، والقانون الفرنسى يشترط تمام الولادة وحياة المولود، وقابليته للحياة باستكماله لجميع الأعضاء الأساسية للبقاء على قيد الحياة،

---

(١) د. نعمان جمعة – المدخل للعلوم القانونية ١٩٧٧ – ص ٣١٤، د. فتحى عبد الرحيم عبد الله – نظرية الحق – ص ٨٨، مكتبة الجلاء بالمنصورة – ١٩٧٨م.

(٢) د. فتحى عبد الرحيم – السابق –، د. عبد الفتاح عبد الباقى – نظرية الحق ١٩٦٥ – ص ٥٨، وقد أخذ بهذا الرأى قانوناً المواريث والوصية الصادرين سنتى ١٩٤٣، ١٩٤٦ على الترتيب. وراجع:
د. توفيق فرج ومحمد مطر – الأصول العامة للقانون ١٩٨٨م – ص ٢٥٣.
د. نعمان جمعة – ص ٣٩٥. د. عبد المنعم البدراوى – المدخل للعلوم القانونية ١٩٦٦ – ص ٥٤٠.

(٣) د. عبد المنعم البدراوى – ٥٤١، د. نعمان جمعة – ص ٣٩٥، د. نزيه المهدى – نظرية الحق – ص ٩٣، د. جميل الشرقاوى – دروس فقى أصول القانون ١٩٨٤ ص ٢٦٢، د. محمد السعد رشدى نظرية الحق – ص ٧٥ – ١٩٩١م.

وهو في هذا أشد من القانون المصري في منح الشخصية للمولود، حيث يكتفى قانوننا بمجرد تمام الولادة حياً حتى ولو لم يكن المولود قابلا للحياة[1]، والقابلية للحياة عنصر موضوعى يقدره الأطباء ومعياره ليس وفاة الشخص بعد الولادة بمدة قصيرة، وإنما ولادته ولديه من المقومات الحيوية والعضوية ما يسمح له باستمرار الحياة.

اثبات الميلاد:

وتقضى المادة (٣٠ مدنى) بأنه: "١- تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك، ٢- فإذا لم يوجد هذا الدليل، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات جاز اثباته بأية طريقة أخرى"؛ كما تقضى المادة (٣١ مدنى) بأن: "دفاتر المواليد والوفيات والتبليغات المتعلقة بها ينظمها قانون خاص"[2].

وتبدو أهمية اثبات واقعة الميلاد، في أنه اعتباراً من تاريخها يكون الشخص صالحاً لتلقى الحقوق، وابتداء من هذا التاريخ يحسب عمره، وبالتالى يرجع إليه لمعرفة ما إذا كان الشخص بالغاً سن الرشد أو وصل إلى سن التجنيد الاجبارى أو سن المساءلة الجنائية، وكذلك

---

(١) د. جميل الشرقاوى - ص ٢٦٢ وما بعدها، د. نعمان جمعة ص ٣٩٥ وما بعدها، حيث يقرر أن الطفل لو ولد بقلب لا يستطيع تشغيل الدورة الدموية إلا لساعات ليس قابلاً للحياة، وكذلك المولود برأس متضخم جداً وهو المعروف باستسقاء المخ، والطفل الذى يولد وفي قصبته الهوائية ورم يمنع تنفسه وهكذا. وفي هذا المعنى: د.محمد شكرى سرور - السابق ص ١٤٧.

(٢) هو القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ بشأن الأحوال المدنية المعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٦٥م.

معرفة مدى صلاحية الشخص للزواج وخاصة للفتاة، حيث لا يجوز عقد قرانها قبل بلوغها ستة عشر عاماً[1].

ويقضى هذا القانون في المواد من (١٥ - ٢٥) بأن القيد يتم في مكاتب السجل المدنى في جهة الولادة بناء على تبليغ يقوم به والد الطفل في ظرف خمسة عشر يوماً من تاريخ الميلاد فإذا لم يكن أب الطفل حاضراً، التزم بالتبليغ أقاربه الحاضرون الذكور ثم الاناث الأقرب درجة بالمولود، ثم البالغون الساكنون مع الوالدة الذكور، ثم الاناث ثم العمدة ثم مديروا المؤسسات والمستشفيات ودور الولادة، والسجون، والمحاجر الصحية وغيرها عن الولادات التى تقع فيها. ويعطى لمن يبلغ عن الميلاد مستخرجاً من السجلات يتضمن صورة من القيد الذى أجرى في السجل وهذا المستخرج هو الذى يقدم عادة لاثبات واقعة الميلاد بل أن واقعة الميلاد، واقعة مادية يمكن إقامة الدليل عليها بجميع الطرق[2].

الحمل المستكن:

والحمل المستكن هو الجنين المستقر في بطن أمه. ويطلق عليه هذا المسمى منذ بدء الحمل وحتى تمام الولادة، وقد رأينا أن المادة (٢/٢٩) مدنى تنص على أن "حقوق الحمل المستكن يعينها القانون".

---

(١) د. نعمان جمعة - ص ٣٩٦ وما بعدها.

(٢) د. عبد المنعم البدراوى - ص ٥٤٣، د. نعمان جمعة - ص ٣٩٨؛ د. جميل الشرقاوى - ص ٢٦٣، د. فتحى عبد الرحيم عبد الله - ص ٨٩، د. شمس الدين الوكيل - ص ٢٤، د. أحمد سلامة - نظرية الحق - ص ٩٦ وما بعدها، د. محمد شكرى سرور - ص ١٤٧ وما بعدها.

والحقوق التي يشير إليها هذا الاستدراك يمكن حصرها وفق أحكام القانون فيما يلي:

١- يكون للجنين الحق في ثبوت نسبه إلى أبيه، واكتساب جنسيته بناء على حق الدم الذي يأخذ به المشرع المصري كأصل لكسب الجنسية.

٢- كما أن للجنين وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، الحق في الارث حيث يوقف له من تركه المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى، فإذا زاد الموقوف للحمل عما يستحقه رد الباقي على من يستحقه من الورثة، ويكون له الحق فيما يوصى له به.

٣- ويكون للجنين الحق فيما يشترط لصالحه في اشتراط لمصلحة الغير (كتأمين الزوج على حياته لمصلحة من سينجبهم من الأولاد)[١].

وبالنظر في هذه الحقوق يستبين أنها لا تحتاج إلى قبول وهذا أمر منطقي مادام أن القبول يفترض الادراك، وهو معدوم بداهة لدى الجنين، ومن ثم فأنه لا يستطيع أن يكسب الهبة لأنها تحتاج إلى قبول، رغم أنها تعتبر من التصرفات النافعة له نفعاً تاماً، إذ الهبة عقد يحتاج إلى قبول الموهوب له، ذلك ما أنتهى إليه القانون[٢]، وان كان الراجح

---

(١) د. محمد شكرى سرور – ص ١٤٨، د. عبد المنعم البدراوى – ص ٥٤٢ وما بعدها، د. نعمان جمعة – ص ٣٨٩ وما بعدها وقد درر القانون حماية حياة الجنين من خلال تحريم الاجهاض، د. عبد الحي حجازى – ص ٩٥، د. أحمد سلامة – ص ١٧٧ وما بعدها، د. مختار القاضى – ص ٨٩ وما بعدها.

(٢) د. شمس الدين الوكيل – ص ٢٥، د. عبد الفتاح عبد الباقى – ص ٦٣، د. جميل الشرقاوى – ص ٢٦٤ وما بعدها، د. عبد المنعم البدراوى – ص ٢٤٤.

في فقه الشريعة أن الهبة لا تحتاج إلى قبول فتصح للجنين في بطن أمه[1].

كذلك يتميز كسب الجنين لهذه الحقوق بأنه يقع معلقاً على شرط واقف هو تمام ولادته حياً، وإلا فأنه إذا نزل ميتاً فأنه يعتبر وكأنه لم يكسب هذه الحقوق في أى وقت كان، ووفقاً لما ورد في هذا الاستدراك يقتصر أمر الجنين على كسب الحقوق المشار إليها دون التحمل بالالتزامات.

وبناء على ذلك يمكن القول أن للجنين شخصية قانونية اعتبارية ترد على خلاف الأصل العام الذى بموجبه تبدأ شخصية الإنسان من وقت ولادته حياً[2].

ووفقاً للرأى الراجح في الفقه الإسلامي، فإنه ليس للجنين وصى **ولا ولى، لأنه ليست له ذمة بالمعنى الصحيح، ومن ثم فإنه لا يحتاج** إلى ولاية من أحد، ولكن يجوز أن يعين له أمين ليحافظ على ماله، ولا يكون لهذا الأمين حكم الوصى، فلا يملك التصرف في أى شيء من ماله، وأن كان قانون الولاية على المال[3] في المادتين (٢٨، ٢٩) قد

---

(١) ذلك ما ذهب إليه أكثر فقهاء الحنفية-راجع: المبسوط للسرخسى جـ١٢-ص٧٥، وبدائع الصنائع للكاسانى-جـ٦-ص١١٥، حاشية ابن عابدين على الدر المختار-جـ٤ - ص ٥٣١.

(٢) راجع: د. محمد شكرى سرور - ص ١٥٠: حيث يرى أن للجنين شخصية قانونية ناقصة، د. عبد المنعم البدراوى -ص٥٤٥ وما بعدها، د. جميل الشرقاوى - ص٢٦٥، وقارن: د. حسن كيره - أصول القانون ١٩٦٠ - ص ٥٢٥ وما بعدها، د.حمدى عبد الرحمن - الحقوق والمراكز القانونية ١٩٥٢ - ص ١٦٩ حيث يريان أن شخصية الإنسان تبدأ بالحمل.

(٣) رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢م.

أجاز إقامة وصى على الجنين، كما نص قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ إلى أنه إذا كانت الوصية للجنين، كان لمن له الولاية على متـه قبول الوصية أوردها (مـادة ٢٠)، وهذا الوصى إنما هو أمين لحفظ المال إلى حين ولادته[1].

ثانياً: إنتهاء الشخصية:

وإذا كانت شخصية الإنسان تبدأ من وقت تمام ولادته حياً فإنها تنتهى وفقاً للمادة (٢٩) بموته، والوفاة واقعة مادية يمكن اثباتها بجميع الطرق، ونظراً لأهمية ثبوت تاريخها فقد نظم المشرع قيد الوفيات بالقانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠، حيث أوجبت المادة (٢٩) منه على ذوى الشأن التبليغ عن الوفاة بمكتب الصحة في ظرف أربع وعشرين ساعة من حدوثها أو ثبوتها وعلى مكتب الصحة اخطار أمين السجل المدنى بالوفاة خلال سبعة أيام من تاريخ ابلاغه بها، والراجح لدينا أن الموت ضد الحياة وهو يعنى انتهاء مظاهر الحياة في جميع أعضاء الجسم، بموت المخ وتوقف القلب والرئتين عن العمل فإذا مات المخ دون الجسم أو مات الجسم رغم بقاء بعض مظاهر الحياة في المخ فان الموت لا يتحقق في كل تلك الصور[2].

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى - ص ٥٤٥. وقارن: د. شفيق شحاته - نظرية الحق ١٩٤٩ - فقرة ٤٨ - حيث يرى جواز الهبة للجنين ويقبلها وصيه عنه إذا كان جائزاً تعين وصى عليه. د. محمد سامى مدكور - ص ٤٥ - نظرية الحق - ١٩٥٧م.

(٢) يعرف بظهور علاماته من استرخاء القدمين وانخساف الصدغ واعوجاج الأنف وامتداد جلدة الوجه، راجع: الفتاوى الهندية جـ ١ ص ١٢٣، المحلى لابن حزم جـ ٢ ص ٥١١.

الامتداد الافتراضي للشخصية بعد الوفاة:

ويفترض امتداد شخصية المتوفى لما بعد وفاته حتى تصفى تركته ويسدد ما عليه من ديون وذلك إعمالاً للمبدأ المقرر في الفقه الإسلامي والذى يقضى بأنه: "لا تركة إلا بعد سداد الدين، وحكمة هذا الامتداد: اقالة الدائنين من مشقة متابعة الورثة بديون مورثهم في ذمتهم الشخصية إذا زادت على مكونات التركة من ناحية أخرى[1].

الموت الحكمي:

والموت الحكمي يتمثل في: الرق، والموت المدنى، والفقد.

(أ) أما الرق:

فقد كان منتشراً في الشرائع القديمة، وكان من أسبابه في القانون الرومانى عدم الوفاء بالدين والعقد، بأن يتفق شخص مع آخر على استرقاقه، وقد يتقرر عقاباً لجريمة السرقة[2].

وقد كان الرق موجوداً قبل الإسلام، فلما جاء منع أسبابه ووسع روافد تحرير الارقاء حتى جعل تحرير الرقيق عملاً يتقرب الناس به إلى ربهم، يقول الله تعالى: **﴿فلا اقتحم العقبة وما أدراك ما العقبة فك**

---

(١) في هذا المعى: د. عبد المنعم البدراوى - ص ٥٤٧، د. محمد سامى مدكور - ص ٤٩، د. محمد شكرى سرور - ص ١٥٢ وما بعدها، د. فتحى عبد الرحيم عبد الله - ص ٩٢، د. مختار القاضى - ص ٩١، وقارن: د. نعمان جمعة - ص ٤٠٦، د. أحمد سلامة - ص ١٧٩، د. حلال العدوى - ص ١١٢، د. عبد الودود يحيى - مبادئ القانون - ١٩٧٧ - ص ٢٣٧، حيث يرون انتقال التركة بمجرد الوفاة وهو ما يعنى انتهاء الشخصية بالموت دون داع لافتراض هذا الوجود وعلى أساس أن يضمن الورثة ديون مورثهم في حدود ما آل إليهم من مال التركة.

(٢) د. مختار القاضى - ص ٩١.

رقبة﴾[1]، كما جعل عتق الرقيق داخلا في كفارات الظهار واليمين والفطر في رمضان عمداً، وهكذا وسع الإسلام من روافد الرق، وحرم الاسترقاق في معظم صوره حتى إنه لم يبق من تلك الصور سوى رق الحروب، وهو أمر لا يلام فيه الإسلام. لأن الحرب أثر لنوازع النفوس البشرية وهى قائمة إلى يوم الدين[2].

ومن المعروف أن الرقيق ليست له أهلية اكتساب الحقوق المالية، لأنه وما ملكت يداه ملك لسيده، فهو ميت حكماً من هذه الناحية، وذلك ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وان كان يعتبر مخاطباً بحقوق الله عز وجل المتعلقة بالعبادات وان كان الظاهرية يثبتون له أهلية، يكون له بمقتضاها أن يتصدق ويهب ويبيع[3].

وقد صدر قانون في فرنسا في ١٩٤٥/٧/١٨ متعلق بنظام الرق، وقد اعترف هذا القانون للارقاء بشخصية قانونية محدودة[4].

(ب) الموت المدنى:

وهو نوع من الموت الاعتبارى أو الحكمى كان يقضى به على كل من حكم عليه بالاعدام أو بالأشغال الشاقة المؤبدة أو التجريد من الحقوق، ولم يكن هذا النوع من الموت معروفاً في الشرائع القديمة بخلاف الرق، وان كان معروفاً في أوروبا الحديثة حتى القرن التاسع

---

(١) سورة البلد – آية رقم (١٢).

(٢) نيل الأوطار للشوكانى: جـ ٨ – ص ٣، ٥١، والفقه الإسلامي وأدلته – للدكتور وهبه الزحيلى: جـ ٦ – ص ٤٧٠ وما بعدها.

(٣) المحلى لابن حزم الظاهرى: جـ ٨ – ص ٣٦٠.

(٤) مختار القاضى – ص ٩٢.

عشر وآثار هذا الموت منصوص عليها في المادة (٢٥ من قانون نابليون)، وتتمثل في توزيع التركة وطلاق الزوجه وفقد الحقوق السياسية، أما الحقوق المدنية، فلا يصح له أن يقاضى، ولا أن يكون ولياً ولا قيماً، ولا أن يعطى أو يتلقى تبرعاً، وليس له أن يكون ولياً ولا قيماً، ولا أن يعطى أو يتلقى تبرعاً، وليس له إلا أن يتعاقد بعوض إبقاء على حياته ويعتبر في حكم الميت مدنياً من دخل الدير[١].

وقد انتهى الموت المدنى في فرنسا سنة ١٨٥٤م، وفي بلجيكا سنة ١٨٣١م.

أما بالنسبة للرهبان فليس ثمه نص يحرمهم شيئاً من حقوقهم المدنية، ومع ذلك فقد صدر حكم يقضى بأن من دخلوا الدير من الرهان يعدون كأنهم ليسوا موجودين بالنسبة للعالم الدنيوى، وما كان للراهب قبل رسمه، أو نتج مما كان له أو صار بغير سبب الأسقفيه كميراث أو صية، فهو له يورث عنه وأما ما له بسبب الأسقفية فهو للدير فلا يرثه أهله[٢].

(جـ) المفقــود:

والمفقود هو الشخص الذي يغيب عن موطنه وعن أهله بحيث لا يعرف حياته من موته[٣]. يقول السرخسي: "المفقود اسم لموجود هو

---

(١) المرجع والمكان السابقان.

(٢) المرجع نفسه: وراجع: حكم محكمة اسكندرية الكلية بتاريخ: ١٩٣٥/٢/٢٢م - مجلة المحاماة س ١٠ - ص ٧٤٥ - رقم ٣٧٥.

(٣) راجع في هذا: د. على سيد حسن - الأحكام الخاصة بالمفقود - ١٩٨٤ - ص ١٧. دار النهضة العربية.

حي باعتبار أول حاله، ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار مآله، وأهله في طلبه يجدون، ولخفاء أثر مستقره لا يجدون، قد انقطع عليهم خبره، واستتر عليهم أثره، وبالجد ربما يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد"[1].

ويختلف المفقود عن الغائب، بأن الأخير هو الذى ترك وطنه راضياً أو مرغماً واستحال عليه إدارة شئونه بنفسه، أو الاشراف على من يديرها نيابة عنه مما ترتب عليه تعطيل مصالحه أو مصالح غيره، يستوى في ذلك أن تكون حياته محققة أو غير محققة[2] فإذا كان المفقود لا يعلم حياته من موته، فإن الغائب يعلم محله[3].

وفقد الشخص يثير مسألتين:

الأولى: تختص بإدارة أمواله وهو غائب، ليقتضي ماله ويوفي ما عليه.

الثانية: خاصة بتحديد أثر الغياب على شخصيته.

والمجموعة المدنية لم تتضمن تنظيماً لحالة المفقود، وإنما أحالت بشأنها إلى الشريعة الإسلامية والقوانين الخاصة. فنصت المادة (٣٢

---

(١) المبسوط للسرخسي - جـ ١١ - ص ٣٤ - الطبعة الأولى، وقارن: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٥٦١، حيث يعرف المفقود بأنه: من انقطع خبرة ولكن يمكن اكتشاف أمره، ويخرج من نطاق هذا التعريف من يقع أسيراً في يد العدو، إذ أن خبره لم ينقطع، وكذلك المحبوس الذى لا يستطاع الكشف عنه، وراجع حاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٤ - ص ٢٩٢، حيث يعرف المفقود بأنه الغائب الذى لا يدرى مكانه ولا حياته ولا موته.

(٢) د. [illegible] ص ٩٣، د. عبد الودود يحيى - السابق - ص ٢٣٨، د. على سيد [illegible] - [illegible] ص ١٧.

(٣) د. عبد المنعم البدراوى - ص ٤٩٥، د. جلال العدوى ص ١١٣.

مدنى) على أنه: "يسرى في شأنه المفقود والغائب الأحكام المقررة في قوانين خاصة، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية".

وقد تضمنت القوانين: ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (مادة ٨)(١) والقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (المادتان ٢١، ٢٢) وقانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أحكاماً خاصة بالمفقود.

إقامة وكيل عن المفقود:

إذا غاب إنسان فلم يعرف له مكان، ولا يعلم حياته من موته، كان أول ما يجب فعله هو الاحتياط في إدارة أمواله وحفظها واستيفاء حقوقه، وقد نصت المادة (٧٤ من قانون الولاية على المال) أن المحكمة تقيم وكيلاً عن المفقود متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه(٢)، وترتب على ذلك تعطيل مصالحه وتضيف المادة (٧٥) أنه: إذا كان قد ترك وكيلاً عاماً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرا فيه الشروط الواجب توافرها في الوصي وإلا عينت غيره ويظل الوكيل عن المفقود إلى أن يعود، أو يتقين موته أو بالحكم من المحكمة باعتباره ميتاً وتسرى على الوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة في شأن الوصاية على القصر، ويسرى على الوكلاء عنهم الأحكام المقررة في شأن الأوصياء (م ٧٨ ولاية على المال).

---

(١) التى تقضى بأنه: "إذا جاء المفقود أو لم يجيء، وتبين أنه حى فزوجته له ما لم يتمتع الثانى بها غير عالم بحياة الأول، فإذا تمتع بها الثانى غير عالم بحياة الأول كانت للثانى ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول.

(٢) ويجوز لزوجة الغائب أن تطلب الطلاق إذا تضررت من بعد زوجها عنها (المواد ١٢ – ١٤) من المرسوم الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

أحكام المفقود:

ودراسة أحكام المفقود يجب التمييز فيها بين ثلاث حالات:

الأولى: حالة المفقود طوال مدة فقده. **الثانية:** الحكم بموت المفقود وأثره.

الثالثة: أثر ظهور حياة المفقود بعد الحكم بموته.

الفرع الأول

الحكم بموت المفقود

لا يمكن اعتبار المفقود حياً طوال الأبد، بل لابد من الحكم بوفاته بعد مدة يغلب على الظن فيها موته، ولكن متى يمكن الحكم بوفاته؟.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع وقبل صدور المرسوم بقانون (رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩) كان العمل في نطاقه وفقاً لرأى مذهب الإمام أبى حنيفة، ووفقاً لمذهب أبى حنيفة لا يحكم بموت المفقود إلا بعد موت آخر أقرانه في السن وهذا أمر يتعذر التحقق منه، أن لم يكن غير ممكن في جميع الأحوال[1].

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى - ص ٥٥١ وما بعدها، وان كان فقهاء المذهب الحنفي مختلفين في تقدير تلك المدة، فقدرها بعضهم بسبعين سنة من تاريخ ميلاد المفقود، وقدرها البعض الآخر بتسعين، ويرى أبو يوسف، ورواية الحسن بن زياد عن أبى حنيفة أنها مائة وأساس هذا التقدير ما يعتقده أصحابه من أنه أقصى اعمار الأمة، راجع: حاشية ابن عابدين على الدر المختار جـ ٤ ت ص ٢٩٦ وما بعدها.
والشافعية يقدرون المدة بأربع سنين من تاريخ الفقد. استناداً إلى ما روى عن عمر بن الخطاب: "أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو، فانها تنتظر أربع سنين، ثم تنتظر أربعة أشهر وعشراً". الموطأ جـ ٢ - ص ٥٧٥، دار احياء الكتب العربية، وراجع: الأم جـ ٧ ص ٢١٩، وفقهاء المالكية يقدرون المدة بما يتراوح بين سبعين، ومائة والمشهور في مذهب أنها تقدر بخمسة وسبعين عاماً من تاريخ الفقد، حاشية= الدسوقي على

والمرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يفرق في الحكم بموت المفقود بين حالتين:

الحالة الأولى: حالة غلبة الهلاك:

وفيها يحكم بموت المفقود بمضى أربع سنوات من تاريخ فقده مثل من خرج راحلاً في مفازة مهلكة، أو فقد في غرق مركب كان به فسلم من الغرق قوم ونجا آخرون أو خرج إلى ميدان القتال.

وقد نصت المادة (٢١) من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠([1]) على أنه "قد يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد اربع سنوات من تاريخ فقده.

ويعتبر المفقود ميتاً بعد مضى سنة من تاريخ فقده في حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان في طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية.

ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال وبعد التحري واستظهار القرائن التى يغلب معها الهلاك قراراً باسماء المفقودين الذى اعتبروا أمواتاً في حكم الفقرة السابقة ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود.

الشرح الكبير جـ ٢ ص ٥٦٤، أما المذهب الحنبلى فأنه يفرق بين الفقد في حالة يغلب فيها الهلاك وفي هذه الحالة تقدر المدة بتسعين سنة من يوم مولد المفقود في قول، وفي قول آخر يترك تحديد تلك المدة للقاضي أما من يفقد في حالة يغلب فيها الهلاك، كمن يفقد في القتال أو في زلزال أو فيضان فان مثل هذا ان لم يمكن الوقوف على حاله، فانه يحكم بوفاته بمضى أربع سنوات من تاريخ فقده، راجع المغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير جـ٧ ص ٤٩٢، وكشاف القناع جـ ٤ ص ٤٦٥.

(١) هاتان المادتان مستبدلتان بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٠٩٢. بتاريخ ١٩٩٢/٦/١م.

وفي الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى على الا تقل عن أربع سنوات، وذلك بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة أن كان المفقود حياً أو ميتاً.

كما نصت المادة (٢٢) من نفس القانون[1]، وعلى انه: عند الحكم بموت المفقود أو نشر قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الدفاع باعتباره ميتاً على الوجه المبين في المادة السابقة، تعتد زوجته عدة الوفاة، وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار في الجريدة الرسمية كما تترتب كافة الآثار الأخرى.

الحالة الثانية: حالة عدم غلبة الهلاك:

وهذه يفوض أمر المدة التى يحكم فيها بموت المفقود إلى القاضى بعد التحرى عنه بكافة الطرق الممكنة لمعرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً، وذلك في الحالات التى ينقطع فيها خبر المفقود فيما ظاهره السلامة، كمن خرج في تجارة أو في طلب العلم أو السياحة، فهؤلاء وأمثالهم يفوض القانون أمر تحديد المدة للقاضى، حيث يحكم بموته إذا مضت مدة لا يعيش مثله إلى غايتها، والغالب في رأى الفقهاء اعتبار سن التسعين حداً أقصى لذلك[2].

الفرع الثاني

(١) هاتان المادتان مستبدلتان بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢، بتاريخ ١٩٩٢/٦/١م.

(٢) وهذا الرأى قريب مما يراه المذهب الحنبلى، راجع: فتاوى ابن تيمية جـ ٢٠ ص ٥٧٦.

حالة المفقود طوال مدة فقده

وفي هذه الحالة، تقضي الأحكام الشرعية بأن المفقود يعتبر حيا في حق الأحكام التي تضره، وتترتب على ثبوت موته ويعتبر ميتاً في حق الأحكام التي تنفعه وتضر غيره وتترتب على ثبوت حياته[1]

ويترتب على ذلك:

أن مال المفقود لا يوزع على ورثته، ولا ترفع عنه النفقة الواجبة عليه فيمن يعوله كزوجته وأولاده، ذلك أن تقسيم التركة على الورثة، ورفع النفقة أحكام تترتب على الوفاة، فلا يجوز أن تنطبق على المفقود لاحتمال كونه حياً[2].

ومقتضى ذلك أيضاً ألا يفرق بينه وبين زوجته إلا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه (مادة ١٢ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩م).

ومن ناحية أخرى، فان المفقود لا يرث أحداً ممن مات من اقاربه، ولا يستحق بالفعل ما يوصى به له، لأنه يعتبر ميتاً بالنسبة لهذه الأحكام التي يشترط لها التحقق من حياة صاحبها وقت وجوبها.

فاعتبار المفقود حياً في الحالات الأولى قصد به ابقاء ما كان على ما كان، أي أنه يصلح علة لبقاء ما كان ثابتاً من الحقوق، ولكن هذا الافتراض لا يصلح سبباً لاكتسابه حقوقاً جديدة.

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٥٥١، د. عبد الودود يحيى – ص ٢٣٨ وما بعدها.

(٢) د. على سيد حسن – ص ٧٦ وما بعدها. د. محمد شكرى سرور ص ١٥٥.

ومن باب الاحتياط فإن أحكام الشريعة الإسلامية تقضى بأن يوقف للمفقود من التركة بقدر نصيبه الذى يستحقه لو كان حياً، وكذلك يحفظ ما أوصى له[1] به (مادة ٤٥ من قانون المواريث).

أثر الحكم بموت المفقود:

ومتى حكم بموت المفقود، فأنه يعتبر ميتاً من تاريخ صدور الحكم بالنسبة لماله، أما بالنسبة لمال غيره، فأنه يعتبر ميتاً من تاريخ الفقد.

وبناء على ذلك:

يرد نصيبه الذى حجز له في الارث إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه وكذلك الوصية ترد إلى ورثه الموصى، وانسحاب الحكم على الماضى بالنسبة للارث وغيرهما، وهو رأى أبى حنيفة، ومالك رضى الله عنهما وبه أخذ قانون للميراث في المادة (٤٥) التى تقضى بأنه: "يوقف للمفقود من تركه مورثه نصيبه فيها، فان ظهر حياً أخذه، وان حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه[2].

---

(١) المرجع والمكان السابقان – د. أحمد سلامة – ص ١٨٠. د. على سيد حسن – السابق – د. مختار القاضى – ص ٥٩. د. فتحى عبد الله – ص ٩٣ وما بعدها. د. جلال العدوى ص ١١٤.

(٢) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٣٥٥، د. توفيق فرج – المدخل للعلوم القانونية ١٩٨١ – ص ٢٢٤، د. حسن كيره – المدخل إلى القانون – ١٩٧١ ص ٥١٣، د. إسماعيل غانم – محاضرات في النظرية العامة للحق ١٩٦٦ ص ١١٨، د. أحمد سلامة ص ١٥٦، د. محمد السعيد رشدى – ص ٧٩.

أما أمواله فتعتبر تركة من يوم الحكم بموته وتقسم هذه التركة بين ورثته الموجودين وقت الحكم، وكذلك تعتد زوجته عدة الوفاة ما لم تكن قد طلقت منه قبل ذلك، ولها بعد انقضاء العدة أن تتزوج بمن ترى (مادة ٢٢ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩م).

ظهور المفقود المحكوم بموته حياً:

وإذا ظهر المفقود الذى حكم بموته حياً، فان شخصيته تعود إليه ويترتب على هذا العود آثار لا تضر بالغير حسن النية، سواء فيما يتعلق بزوجته أو أمواله.

(أ) أما بالنسبة لزوجته:

إذا كانت لم تتزوج فانها تظل على ذمته، أما إذا كانت قد تزوجت، فان في الأمر تفصيلاً، فإذا كان الزوج الثانى قد عقد عليها، ولم يدخل بها، فانها تعود إلى زوجها الأول، ويقضى بفسخ عقد الثانى حيث ظهر بطلانه، وكذلك الأمر إذا كان الزوج الثانى قد تزوجها وهو يعلم بحياة زوجها الأول فانها ترد إلى الأول لسوء نية الزوج الأول، أو كان قد عقد عليها في فترة عدتها من المفقود.

أما إذا كان الزوج الثاني حسن النية، أى لا يعلم بحياة المفقود، ودخل بالزوجة، ولم يكن قد عقد عليها خلال العدة من الزوج الأول فانها تكون له[1]، وهذا رأى الحنابلة مع خلاف في بعض التفصيلات[2].

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٥٥٤، د. محمد شكرى سرور ص ١٥٥ وما بعدها، د.مختار القاضى – ص ٩٥، د. جميل الشرقاوى ص ٢٦٩، د. فتحى عبد الرحيم – ص٩٥، د. محمد السعيد رشدى ص ٨٠، وراجع: د. جلال العدوى ص ١١٥ وما=

... بالنسبة لأمواله:

في هذه الحالة إذا عاد المفقود فإنه يسترد ما بقى قائماً من أمواله التي قسمت بين ورثته، تحت أيدي هؤلاء الورثة كما يسترد كذلك ما يوجد من استحقاقه في إرث مورثه في أيدي ورثة هذا الأخير، وما يوجد من الوصية في أيدى ورثة الموصى أما ما استهلكه هؤلاء من هذه الأموال، أو ما تصرفوا فيه، فإنهم لا يسألون عنه في مواجهة من كان مفقوداً، وقد آلت إليهم بسبب شرعي وهو حكم القاضي[1].

المطلب الثاني

هوية الشخص الطبيعي

وهوية الشخصية القانونية تتحدد ذاتياً باسمه الذي يحمله كما تتحدد ولائياً بحالته الدولية أو العائلية أو الوطنية التي يتحدد من خلالها جنسية الشخص وقرابته وموطنه، ونعرض لهذه الأمور في ثلاثة فروع نخصص أولها: لحق الشخص الطبيعي في تمييز ذاته باسم يتخذه، وثانيها لحالته وثالثها لموطنه.

=بعدها، وراجع في تفصيل هذا الموضوع: د. على سيد حسن-السابق-ص١٤٢ ومابعدها.

(٢) راجع: المغنى: جـ ٧ ص ٤٩٢ وما بعدها، وفتاوى ابن تيمية جـ ٢ ص ٥٧٦د.

(١) د. محمد شكرى سرور ص ١٥٦، د. جميل الشرقاوى – السابق. د. أحمد سلامة – السابق. د. عبدالمنعم البدراوى ص ٥٥٣ وما بعدها، د. مختار القاضى – السابق.

الفرع الأول

حق الشخص في تمييز ذاته

الحق في الاسم

والحق في اتخاذ الاسم يمثل حقاً شخصياً للإنسان في تمييز ذاته على نحو يتحدد من خلاله كيانه عن كيان غيره من الناس، ويمكن أن يعرف حق تمييز الذات من خلال ما درج عليه الشراح في بيانهم لاسم الشخص الطبيعي.

ومن الثابت أن لكل شخص الحق في أن يتميز بشخصه عن أشخاص الآخرين، ولما كان هذا ايتم له عن طريق الاسم، كان لكل شخص الحق في أن يكون له اسم، وكان حق الإنسان في أن يكون له اسم من الحقوق التى تتصل بشخصه. والتى لا تقدر بمال.

ان الاسم هو مظهر الحياة الأدبية والمادية للشخص في كل علاقاته العائلية والاجتماعية، أنه علامة الإنسان التى يتميز بها في حياته العامة والخاصة، بل انه عنصر من عناصر الشخصية لا يجوز تشبيهه بالأشياء أو جعله محلاً للتعامل، انه علاقة رمزية على المواهب الشخصية من ذكاء واستقامة وعلى مركز الشخص باعتباره مواطناً.

مضمون حق الإنسان في تمييز ذاته:

ويتمثل حق الإنسان في تمييز ذاته باسمه الذى يميزه والذى يسمى بالاسم المدنى، ويتكون اسم الشخص المدنى من عنصرين:

أولهما: الاسم الشخصي.

وثانيهما: اللقب.

أما الاسم الشخصي فانه هو الذى يتعين بـه الشـخص تعيينـاً ذاتيـاً خاصاً. ويكون اختيار الاسم لمن له الولاية على الطفل، فان لم يكـن لـه ولى، كان اختيار الاسم واجباً على القائمين على الجهـة التـى تلقتـه أول ولادته.

وقد حرصت بعض القوانين الأجنبية علـى أن يكـون اسـم الإنسـان بحيث لا يعرض صاحبه للسخرية، أو يشكك في أصله كما حرصت أن يطلق على الشخص أسماء مضحكة أو مخلة بالحياء أو النظـام العـام أو الشعور الدينى أو الوطنى، وأن يطلق على من لا يعرف آبـاؤهم أسـماء تدل على ذلك.وأعطت للنيابة العامة في مثـل تلـك الأحـوال وغيرهـا، الحق في تغيير هذه الأسماء[1].

أما اللقب: فهو اسم العائلة. ويلاحظ أن القـانون المدنـى المصـرى الجديد قد فرض على كل شخص أن يتخذ إلى جانب اسمه لقبـاً يمـيزة. حيـث أن الاسم وحـده لا يكفـى للتمييز وهـذا تجديد أتـى بـه المشـرع المصرى، ولما كـان نظـام الألقـاب نظامـاً مسـتحدثاً أشـير إلـى وجـوب اصدار تشريع خاص بنظام كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها[2].

كما نص القانون على أن لقب الشـخص يلحق أولاده، وعلـى هـذا فـالطفل الشرعى، يكتسب بمجـرد ولادتـه لقـب أبيـه، ويحصـل هـذا الاكتساب وفقاً لحق الدم (Jure Sanguinis) لا وفقاً لحـق الارث (Jure

(١) مثال ذلك: القانون الايطـالى الصادر في ١٥ نوفمـبر سنة ١٨٦٥م الـذى ينظـم الحالـة المدنية، والقانون المكمل له والصادر في ٨ مـارس سنة ١٩٢٨م، راجـع: د. عبـد الحـى حجازى - نظرية الحق في القانون المدنى - ص ٢٧، مكتبة سيد عبد الله وهبه.
(٢) المادة ٣٩ من القانون المدنى المصرى الجديد.

Hereditatis) لأن الطفل يكتسب اللقب حال حياة والده لا بعد وفاته فحسب[1]، والقاعدة العامة في قانوننا، أن الاسم واللقب لا يقبلان التغيير بمحض إرادة الشخص، خلافاً لما كان عليه الحال في القانون الروماني، حيث كان للأفراد في هذا الصدد حرية واسعة، ولقد نص القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٦٤م على الإجراءات التى يجب اتباعها على من يريد تغيير اسمه، فعلى من يريد أن يغير اسمه أو يصحح ما ورد بشأنه في شهادة الميلاد أن يقدم طلباً بذلك إلى المديرية أو المحافظة التى ولد بدائرتها، ولا يتم تغيير الاسم أو تصحيحه الا بقرار من وزير الصحة بعد موافقة لجنة خاصة وبعد النشر والاعلان عن طلب التغيير [2].

صور التعدى على حق الإنسان في اسمه:

لصاحب الاسم أن يستخدمه في كل مظاهر نشاطه اسوة بأى حق آخر من حقوق الشخصية، ومن ثم يكون له أن يطلب إلى القضاء حماية اسمه ضد من ينازعه فيه بلا مبرر وضد من ينتحله بدون حق، وقد نصت على ذلك (المادة ٥١ من التقنين المدنى الجديد) فقالت: "لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر، ومن انتحل الغير اسمه بدون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"، ويبدو من هذا النص أن التعدى على حق الإنسان في اسمه يكمن في منازعته على هذا الاسم من جانب الغير، وذلك باستعماله في

---

(١) تنص المادة (٣٨) من القانون المدنى الجديد على أنه: "يكون لكل شخص اسم ولقب، ولقب الشخص يلحق أولاده".

(٢) المواد: ٢٩، ٣١، ٣٢ من القانون المذكور.

منازعة رسمية بعمل قضائي أو غير قضائي كانتحال الاسم مثلاً وسواء كانت بقول أو بفعل أو امتناع، ولا يحتاج التعدى في تلك الحالات على حسن أو سوء نية الغير الذى ينازع في استعمال الاسم، وإنما يكفى لحصول التعدى أن تكون ثمة منازعة في استعمال الاسم، وكفى، وذلك بغرض وقف أعمال المنازعة على الاسم في الحاضر والمستقبل[1]. كما يتحقق التعدى على الاسم بانتحاله من الغير دون حق، وذلك بأن يستعمل الغير نفس الاسم بدون حق، وبالطبع فانه يخرج من تلك الحالة استعمال الشخص لاسمه هو مستفيداً من تشابه اسمه مع اسم غيره بحيث يحدث غموضاً في حقيقة شخصيته أو في انتمائه إلى عائلة معينة، بس ان هذا لا يعتبر انتحالاً لاسم الغير، وان كان هذا الطريق لا يمنع من وجوب الحماية لا لسبب انتحال الاسم، ولكن للتشابه الذى يتمخض في النهاية عن ضرر بصاحب الاسم المتشابه مع غيره.

ومن صور التعدى أيضاً أن يقع الانتحال بقصد لطلاق الاسم على شخص ليس له، حتى ولو كان هذا الشخص غير المنتحل، فإذا استعمل شخص اسم غيره لا لاطلاقه علىنفسه، ولكن لاطلاقه على شخصية مضحكة، أو على منتجات صناعية، أو على حيوانات، أو لاستعماله في رواية أو في جرائد هزيلة، بحيث يترتب على ذلك ضرر بسمعة أو شرف صاحب الاسم، وسبب الحماية هنا للاسم ليس الانتحال وإنما هو التعدى على الشرف والسمعة وتسرى هذه الأحكام على الاسم المدنى

(١) المرجع نفسه – ص ٣١.

كما تسرى على الاسم المستعار [١].

لا يشترط الضرر لحماية الحق في الاسم:

. **والحق في الاسم يجب أن يحمى لذاته، وبصرف النظر عن حدوث** أو عدم حدوث ضرر عن هذا الاستعمال، ان اشتراط **حصول الضرر** من استعمال الاسم لإمكان رفع دعوى حمايته **ينطوى على انكار** للحماية المقررة لحق **الانسان على اسمه**، باعتباره **حقاً قائماً بذاته** وعنصراً لتمييز الشخص، الامر الذى يترتب عليه أن يكون على صاحب الاسم ان يظل مكتوف اليدين أمام انتحال الغير لاسمه، وذلك لمجرد أنه لا يستطيع أن يثبت وجود الضرر وهذا يتعارض مع طبيعة حق الشخصية الذى يعتبر مجرد الاعتداء عليه اعتداء على حق الشخص في تمييز ذاته، ذلك الحق الذى يجب أن يحمى بدون توقيف للحماية على خطر احتمالى أو حقيقى، وقد قيل بحق: "أن لصاحب المنزل أن يطرد منه ذلك الغريب الذى أقام بالمنزل وهو خال من أهله حتى ولو لم يترتب على إقامته ضرر، بل حتى إذا ترتب على تلك الإقامة مصلحة للمالك كحراسة المنزل وتهويته"[٢].

وقد سار القانون المدنى المصرى على وفق هذا الاتجاه المقبول، فلم يشترط لحماية الحق في الاسم شرط الضرر، سواء في ذلك حالة المنازعة في استعمال الاسم بلا مبرر، وحالة انتحال الغير للاسم بغير

---

(١) المرجع والمكان السابقان.

(٢) المرجع نفسه – ص ٣٢.

حق، فأجاز لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه بلا مبرر ولمن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر[1].

يدل على ذلك أن القانون بعد أن أعطى لصاحب الاسم الحق في أن يطلب وقف الاعتداء أعطاه كذلك الحق في أن يطلب التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر، ووجه الاستدلال أنه إذا لم يكن هناك ضرر، فليس له الحق في أن يطلب تعويضاً ولكن لا شك أن له الحق في طلب وقف الاعتداء، سواء أوقع لصاحب الاسم ضرر أم لم يقع، أما اشتراط الضرر فهو لا مكان الحكم بالتعويض لا لوقف الاعتداء، فهذا الأخير جائز طلبه في جميع الأحوال دون توقف على شرط حصول الضرر.

الفرع الثاني

حالة الشخص الطبيعي

وحالة الشخص الطبيعي تتحدد من خلال انتمائه إلى دولة معينة، أو أسرة أو دين معين أو موطن معين ونخصص لكل موضوعاً غصناً:

الغصن الأول

الحالة الدولية للشخص

(الجنسية)

وحالة الشخص الدولية تستمد من انتمائه لدولة معينة، ويطلق على تلك الحالة اصطلاح الجنسية، وهذه قد تكون أصلية، وقد تكون مكتسبة.

---

[1] المادة (٥١) من التقنين المدني الجديد.

أولاً: الجنسية الأصلية:

وجنسية الشخص الأصلية تتحدد وفقاً لأحد مبدأين، أو وفقا لهذين المبدأين معاً، أما المبدأ الأول: فيتمثل في رابطة الدم، التى تستمد من ولادة الشخص من أصل يتمتع بجنسية الدولة، وأما الأساس الثانى: فيتمثل في رابطة الاقليم، وتتحقق تلك الرابطة بولادة الشخص على اقليم الدولة[1].

والجنسية المصرية تثبت أصلاً على أساس رابطة الدم الناشئة عن ميلاد الشخص من أب مصرى، وهى لا تثبت على أساس رابطة الاقليم وحدها، إلا إذا ولد الشخص لأبوين مجهولين[2] (مادة ٢ من القانون ٢٦ لسنة ١٩٧٥م).

ثانياً: الجنسية الطارئة:

وهى تلك التى تثبت بصفة طارئة، على خلاف الأصل وذلك عن طريق التجنس أى منح الجنسية بقرار من السلطة المختصة وأما عن **طريق زواج الأجنبية من مصرى بشروط معينة[3]، والأجنبية إذا تزوجت بمصرى يكون لها الحق في كسب الجنسية المصرية، إذا** أعلنت رغبتها لوزير الداخلية، واستمرت الحياة الزوجية سنتين على

---

(١) د. جلال العدوى – ص ١٢١، د. عبد المنعم البدراوى – ص ٥٦٩ – حيث يطلق عليها جنسية البنوة، وهى جنسية مفروضة على الشخص.

(٢) د. جلال العدوى – السابق، د. محمد السعيد رشدى، ص ٩٧، د. نعمان جمعة – ص ٤١٤، د. عبد الودود يحيى ص ٢٤٦ وما بعدها، د. شمس الوكيل – ص ٢٩، د. عبد الحي حجازى ص ١٣٠ وما بعدها.

(٣) د. جلال العدوى – ١٢٢، د. جميل الشرقاوى – ص ٢٨٨ وما بعدها.

الأقل بعد اعلان هذه الرغبة، ويجوز لوزير الداخلية بقرار مسبب قبل فوات المدة المشار إليها حرمان الزوجة من حق الدخول في الجنسية.

وكذلك لمن اقام في مصر إقامة عادية لمدة عشر سنوات متتالية على الأقل أن يكتسب الجنسية المصرية إذا طلبها بشرط أن يكون بالغاً سن الرشد ملماً باللغة العربية محمود السيرة، سليم العقل والجسم، وله وسيلة مشروعة للكسب وتخفض هذه المدة إلى خمس سنوات، إذا كانت الإقامة مسبوقة بحصول الأجنبي على اذن من وزير الداخلية بالتوطن في مصر[1]، كما أن من حق رئيس الجمهورية في مصر، بغير التقيد بشرط الإقامة، أن يمنح الجنسية لأجنبي أدى للدولة أو للقومية العربية، أو للأمة العربية خدمات جليلة[2].

تنازع الجنسيات:

تختلف الدولة في الأسس التي تقيم عليها تنظيم الجنسية وقد نتج عن هذا الاختلاف أن يجد بعض الأفراد أنفسهم بلا جنسية، أو تتعدد جنسياتهم، وقد حرصت الدول في تشريعاتها على أن تتفادى بقدر الامكان هذه الحالات.

والراجح في الفقه أنه في موضوع تنازع القوانين يطبق على عديمي الجنسية قانون موطنهم بدلاً من قانون الجنسية (بالنسبة لأحوالهم الشخصية مثلاً) أما إذا تعددت جنسية الفرد، فقد نصت المادة (٢٥

---

(١) د. محمد شكري سرور – ص ١٦٩.

(٢) المرجع السابق نفسه – د. عبد المنعم البدراوي – ص ٥٧١.

مدنى) على أنه: "١- يعين القاضى القانون الذى يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، أو الذين لهم جنسيات متعددة في وقت واحد، ٢- على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى مصر الجنسية المصرية، وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الول فالقانون المصرى هو الذى يجب تطبيقه[1].

أهمية الجنسية:

ولتحديد الحالة الدولية للشخص أهمية كبرى وذلك لاختلاف مركز الأجانب عن مركز المواطنين ليس فقط من حيث الحقوق السياسية التى تقتصر أصلاً علىالمواطنين، فليس للأجنبى حق الانتخاب وليس له تولى الوظائف العامة، إلا في حالات استثنائية كما يحظر القانون على الأجانب تملك السفن المصرية، ونسبة معينة من أسهم الشركات المصرية، وملكية أسهم شركات التأمين والبنوك والوكالات التجارية، كما يحظر عليهم القانون تملك الأراضى الزراعية إلا في حالات استثنائية[2].

(١) د. عبد المنعم البدراوى - ص ٥٧٢ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق - ص ٥٦٨، كما حظر القانون اشتغال الأجانب ببعض المهن كالمحاماة، وراجع: د. جلال العدوى - ص ١٢٢.

الغصن الثاني

الحالة العائلية

ويتحدد أساس الحالة العائلية للشخص على أساس صلة القرابة، وهذه القرابة تنقسم إلى قرابة نسب وقرابة مصاهرة.

أولاً: قرابة النسب:

ويقصد بقرابة النسب، صلة الدم التى تربط بين من يجمعهم أصل مشترك، وهذا ما عبرت عنه المادة (٣٤ مدنى)، بقولها: "ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم أصل مشترك وهذه القرابة قد تكون مباشرة، وقد تكون غير مباشرة أى قرابة حواشى.

(أ) القرابة المباشرة:

وتتمثل في الصلة ما بين الأصول والفروع، فلا يكفى لتحقيق هذه القرابة المباشرة أن يجمع بين الشخصين أصل مشترك، وإنما يلزم أن يكون أحدهما أصلاً للآخر ويكون هذا الآخر فرعاً له مثل صلة الابن بأبيه، وصلة الحفيد بجده أو جدته[1].

كيفية حساب درجة تلك القرابة:

وقد بينت المادة (٣٧ مدنى) كيفية حساب درجة القرابة المباشرة، أى درجة القرابة بين الأصول والفروع بقولها: "يراعى في حساب

---

(١) د. جلال العدوى – ص ١٢٣، عبد المنعم البدراوى – ص ٥٧٨.

درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل".

فإذا أردنا حساب القرابة بين الجد وابن ابنه، وجدناها درجتين، إذ يحسب ابن الابن بدرجة، ثم الابن بدرجة فيكون المجموع درجتين، أما الجد وهو الأصل فلا يدخل في الحساب، ويمكن الوصول إلى نفس النتيجة عن طريق حساب الفواصل بين الأصول والفروع، فبين ابن الابن، والابن (وهو أبوه) درجة، ثم بين الابن والجد درجة. فيكون المجموع درجتين.

(ب) قرابة الحواشي:

وهى القرابة القائمة بين المتفرعين من سلسلة متعددة لا سلسلة واحدة أو هى القرابة بين أشخاص لم ينزل بعضهم من بعض مباشرة، ولكن يجمعهم أصل مشترك، وقد نصت المادة (٣٥ مدنى) على أن: "قرابة الحواشى هى الرابطة بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر".

فهى تفترض وجود كل من القريبين على عمود نسب خاص ويجتمعان عند الأصل المشترك، وعلى ذلك يعتبر من الحواشى الأخوة والأخوات، والأصل المشترك بينهما هو الأب أو الأم[1].

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٥٧٩، . جلال العدوى – ص ١٢٣، د. عبد الحى حجازى – ص ١٢٦، د. شمس الدين الوكيل ص ٣١، د. محمد شكرى سرور – ص ١٧٠، د. نعمان جمعة ص ٤١٨، د. فتحى عبد الرحيم – ص ١٠٤ وما بعدها، د. جميل الشرقاوى – ص ٢١٣.

كيفية حساب درجة تلك القرابة:

وقد بينت المادة (٢٦ مدنى) كيفية حساب تلك القرابة بقولها: "وعند حساب درجة الحواشى تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعد درجة".

وتطبيقاً لهذا، يكون بين أولاد العم أربع درجات، فأبن العم يحسب درجة، وأبوه يحسب درجة أما الجد وهو الأصل المشترك فلا يحسب، فيكون المجموع درجتين من جهة، وبالمثل هناك درجتان من جهة أخرى فيكون المجموع أربع درجات هى درجة القرابة بين أولاد العمومة، وهى أيضاً كذلك بين أبناء الخالة كما يكون الأخوة أقارب من الدرجة الثانية ودرجة الولد بعمه الثالثة، وكذلك القرابة بين العمة والخال والخالة.

ثانياً: قرابة المصاهرة:

وهى العلاقة التى تقوم بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر، وقد نصت المادة (٢٧ مدنى) على أن أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر.

فكأن الأسرة تشمل إلى جانب الأقارب عن طريق النسب أو الدم الذين سبق ذكرهم أقارب الزوج الآخر، أى أصوله وفروعه وحواشيه أيضاً، فالزوج مرتبط بأقاربه هو برابطة النسب، ويرتبط بأقارب زوجته برابطة المصاهرة ولهذا يعد من أقارب الشخص والد زوجته،

وأمها، وأخوتها وأخواتها، وأعمامها وعماتها وخالها وخالتها، وفرع هؤلاء جميعاً.

ويلاحظ أن أقارب الزوج لا يدخلون في أسرة أقارب الزوجة بل يدخلون فقط في أسرة الزوجة هى نفسها، كما أن أقارب الزوجة لا يدخلون في أسرة أقارب الزوج، بل في أسرة الزوج هو نفسه فقرابة المصاهرة لا تربط بين أقارب الزوجين، بل هى ترتبط بين أقارب أحد الزوجين والزوج الآخر، فلا قرابة بين شقيق الزوج ووالد الزوجة أو أمها[1].

وتحسب درجة القرابة في المصاهرة، كما تحسب في قرابة النسب تماماً، وقد نصت على ذلك المادة (٣٧ مدنى) بقولها: "أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر".

آثار قرابة المصاهرة:

من المقرر أنه ليس هناك توارث بين الأصهار، كما أنه ليس هناك التزام بالنفقة على زوجة الأب إلا إذا كان الأب فقيراً وأساس هذا الالتزام قرابة الأب وليس المصاهرة، ولذلك فإن الأب إذا مات فإن هذا الالتزام ينقضي، ولكن لعلاقة المصاهرة أثرها من ناحية:

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٥٨٠، د. عبد الغنى حجازى – ص ١٢٨، د. جلال العدوى – ص ١٢٤، د. شمس الدين الوكيل – ص ٣١، د. عبد الودود يحيى ص ٢٥١، د. محمد شكرى سرور – ص ١٧١، د. نعمان جمعه – ص ٤١٨، د. جميل الشرقاوى – ص ٢٩٤ وما بعدها، د. فتحى عبد الرحيم – ص ١٠٤، د. أحمد سلامة – ص ١٨٨ وما بعدها.

١- تحريم الزواج بأقارب الزوجة: وهي أصول الزوجة، فلا يحل للزوج أن يتزوج بأم الزوجة وأن لم يكن قد دخل بها، لقول الله تعالى في آية المحرمات: ﴿وأمهات نسائكم﴾ والبنت المعقود عليها من نساء الزوج فتحرم أمها، ولذلك يقرر الفقهاء: أن العقد على البنات يحرم الأمهات، وأن الدخول بالأمهات يحرم البنات، لقول الله تعالى: ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن، فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾. ومن ثم فلا يحل للزوج أن يتزوج بفروع زوجته التي دخل بها، كما تحرم زوجة الفرع، وتحرم زوجة الأصل.

٢- وقد تكون المصاهرة مانعاً مؤقتاً من الزواج: ومن ثم فلا يحل للزوج أن يتزوج بأخت زوجته، أو عمتها أو خالتها أو يجمع بين الأخت وابنة أخيها أو أبنية أختها، وضابط ذلك: أنه لا يجوز شرعاً أن يجمع الرجل بين كل امرأتين لو فرضت احداهما ذكراً لما حل لها أن تتزوج بالأخرى[1].

أهمية الحالة العائلية:

ولتحديد حالة الشخص العائلية، وحساب درجة قرابته أهمية من ناحيتين، فمن ناحية، تكون الحالة العائلية مناطاً لتقرير بعض الحقوق والسلطات كحق الارث، وحق النفقة وحق التعويض عن الضرر الأدبي، بالإضافة إلى أن القرابة قد تكون مانعاً من موانع الزواج أو

---

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٥٨٢.

- موانع سماع القاضي للدعوى إذا كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة[1].

الغصن الثالث

الحالة الدينية

لا يعتبر الدين في كثير من الدول من عناصر الشخصية القانونية، أو عوامل تحديد هوية الشخص، إذ أن القانون يطبق على الجميع، دون تفرقة بينهم على أساس الدين ولكن في بعض الدول وخاصة مصر، ويكون لانتماء الشخص إلى ديانة معينة، أثره بالنسبة لشخصيته القانونية، ومدى ما يثبت له من مكنات أو يتحمل به من التزامات.

ولهذا تؤثر الحالة الدينية على جانب من جوانب شخصيته القانونية، خاصة فيما يتعلق بالعلاقات الشخصية، التي تختلف باختلاف حالة الشخص الدينية، ومن ذلك تعدد الزوجات مثلاً، مباح بالنسبة للمسلمين بينما يعد هذا التعدد محرماً بالنسبة لغيرهم، ومن ذلك عدم التوارث بين المسلم وغيره وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، كما أن للمسلم حق الطلاق.

والشريعة الإسلامية تطبق على غير المسلمين إذا اختلفوا في الديانة أو الملة أو الطائفة[2].

---

(١) راجع في تفصيل هذا الموضوع: د. عبد المنعم البدراوي ص ٥٨٢ وما بعدها، د. جلال العدوي - ص ١٢٤ وما بعدها، د. محمد شكري سرور - ص ١٧٤، د. نعمان جمعة - ص ٤٢٠ وما بعدها.

الفرع الثالث

موطن الشخص الطبيعي

يرتبط الشخص داخل اقليم الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته أو خارجه بمكان معين يطلق عليه: الموطن، حتى يمكن أن يرجع إليه فيه، وتتحدد على أساسه الأوضاع القانونية المتعلقة بعلاقاته، إذ الموطن هو المكان الذي يباشر فيه الإنسان أعماله عادة[1].

أهمية الموطن:

ولموطن الشخص أهميته بالنسبة له ولغيره، وتظهر هذه الأهمية عادة في عدة وجوه منها:

أولاً: أن الاعلانات القضائية أو الاخطارات القانونية، إنما توجه إلى الشخص في موطنه، ويعتبر علمه بتلك الاعلانات مفترضاً حتى ولو لم يكن موجوداً في موطنه وقت توجيهها.

ثانياً: يتحدد مكان الوفاء بالالتزامات في بعض الحالات على أساس موطن المدين بالالتزام، وقد نصت المادة (٣٤٧ مدني) على أن:

---

(٢) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٥٨٩ وما بعدها، د. جلال العدوي ص ١٢٥ وما بعدها، د. جميل الشرقاوي ص ٢٠٠ وما بعدها، د. توفيق فرج، ويحيى مطر ص ٢٦٦ وما بعدها، د. محمد السعيد رشدي ص ١٠١ وما بعدها، مع ملاحظة أن المادة ٩ من قانون الأرث لغير المحمدين في لبنات لا تمنع الأرث لاختلاف الدين، إلا إذا كان الوارث تابعاً لأحكام تمنع من الأرث بسبب اختلاف الدين، وراجع: د. فتحي عبد الكريم – ص ١٠٧.

(١) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٥٩١، د. جلال العدوي – ص ١٢٦، د. عبد الحي حجازي – ص ١٣١ وما بعدها، د. نعمان جمعة – ص ٤٢٩ وما بعدها.

"الالتزامات التى يكون محلها شيئاً غير معين بالذات يجب الوفاء بها، في المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء.

ثالثاً : يتحدد الاختصاص القضائى في بعض الحالات على أساس موطن الشخص، وقد نصت على ذلك المادة (٤٩ مرافعات) بقولها: "الدعاوى الشخصية يكون النظر فيها من اختصاص المحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعى عليه".

رابعاً : في بعض حالات تنازع القوانين: يتحدد القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع قوانين عدة دول في حكم علاقة ذات عنصر أجنبى، على أساس الموطن، وقد نصت على ذلك المادة (١٩ مدنى) فقررت أن: "الالتزامات التعاقدية، يسرى عليها قانون الدولة، التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذا موطنا ما لم يتفق على غير ذلك"[١].

خامساً : كما يقضى القانون التجارى بأن الاختصاص بشهر افلاس التاجر يكون للمحكمة التى يتبعها موطن التاجر، المراد شهر افلاسه (مادة ١٩٧ تجارى).

سادساً : يستلزم القانون على سبيل الإستثناء مباشرة بعض العقود في الموطن، فعقد الزواج يجب أن يتم توثيقه أمام المأذون الذى يقع في دائرته محل إقامة الزوجة، والطلاق يجب أن يوثق صدوره أمام المأذون الذى يقع في دائرته موطن الزوج[٢].

---

(١) د.جلال العدوى-ص١٢٦ وما بعدها، د. محمد شكرى سرور – ص ١٧٥ وما بعدها

(٢) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٥٩٣، د. عبد الحى حجازى – ص ١٢١ وما بعدها، د.فتحى عبد الرحيم-ص ١٠٨، د.شمس الدين الوكيل-ص ٣٨، د.عبد الودود =

أنواع الموطن:

وقد يوجد للشخص بجانب موطنه العام الذي يعتد به فيما يتعلق بعلاقاته القانونية بوجه عام موطن خاص، يعتد به بالنسبة لبعض هذه العلاقات، ولهذا ينبغي بيان الموطن العام أولاً، ثم نبين ثانياً: الموطن الخاص.

أولاً: الموطن العام:

والموطن العام هو الذى يتحدد على أساس الإقامة مع الاستقرار، وهو الموطن الذى يعتد به بالنسبة لكل شئون الشخص كقاعدة عامة، ومعنى ذلك أن من يريد أن يخاطب شخصاً معيناً عليه أن يتوجه إليه في المكان الذى يقيم فيه عادة ولذلك يسمى هذا الموطن بالموطن العام[1]، وهذا الموطن ينقسم إلى نوعين: اختيارى، والزامى.

(أ) الموطن العام الاختيارى:

وفيه يتخير الشخص بنفسه وبأرادته المكان الذى يقيم فيه عادة، لذلك يقال أن الموطن العام هنا اختيارى، فالقانون لا يفرض موطناً أو محل إقامة معين على الشخص، بل أن الدستور ينص في المادة (٥٠)

...يبى – ص٢٥٤ وما بعدها، د.نعمان جمعة–ص ٤٣٠ وما بعدها، د. أحمد سلامة – ص ٢٠٠.

(١) د. أحمد سلامة – ص ١٦٤، د. جلال العدوى – ص ١٢٧ وما بعدها. د. محمد شكرى سرور – ص ١٧٧ وما بعدها، حيث يحدد عنصرين للموطن هما: عنصر مادى يتمثل في الإقامة الفعلية، وعنصر معنوى يتمثل في استمرار الإقامة.

على أن "لا يجوز أن يحظر على مصري الإقامة في جهة ما، ولا أن يلزم بالإقامة في مكان معين إلا في الأحوال المبينة في القانون".

(ب) الموطن العام الإلزامي:

هناك بعض الأشخاص ممن ليس لهم موطن عام اختياري، يتحدد بالمكان الذي يختارونه لاقامتهم بصفة معتادة، وإنما يكون لهم موطن عام الزامي يحدده القانون بصفة الزامية بصرف النظر عن إقامتهم أو عدم إقامتهم فيه بصفة معتادة، وهؤلاء الأشخاص هم عديمو الأهلية وناقصوها والمفقود والغائب وموطن هؤلاء موطن من ينوب عنهم قانوناً (مادة ١/٤٢ مدني)، وحكمة ذلك رعاية مصلحة القصر والمحجوزين بوجه عام، لأنهم لا يباشرون بأنفسهم تصرفاتهم القانونية، وإنما يقوم بتلك التصرفات من ينوب عنهم قانوناً، وليس من المعقول أن يخاطب هؤلاء في مكان إقامتهم بل في مكان من ينوب عنهم، لأن الالتجاء إليهم غير مجد لعدم قدرتهم على مباشرة أعمالهم بأنفسهم.

ثانياً: الموطن الخاص:

وإلى جانب الموطن العام، هناك الموطن الخاص، وقد نصت المواد: (٤١، ٢/٤٢، ٤٣) على حالات ثلاث يكون للشخص فيها موطن خاص بجانب الموطن العام وهي:

١- موطن الأعمال أو الموطن التجاري أو الحرفي (مادة ٤١).

٢- موطن القاصر المأذون له بالإدارة (مادة ٢/٤٢).

٣- الموطن المختار (مادة ٤٣).

وبذلك يبدو أن للموطن الخاص ثلاث حالات[1]:

[الأولى]: موطن الأعمال أو الموطن التجاري أو الحرفي:

وقد نصت المادة (٤١ مدني) على أنه: "يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة".

ويبدو من النص أن التجارة وأصحاب الحرف لهم موطن خاص بالأعمال المتعلقة بتجارتهم أو حرفتهم، أما ما عدا ذلك من أعمالهم، فأنهم يخاطبون بشأنه في موطنهم العام ولا يثبت للعمال والموظفين موطن خاص بعملهم[2].

الثانية: الموطن الخاص ببعض أعمال ناقص الأهلية:

كما تنص المادة (٢/٤٢ مدنى) على أنه: "يكون للقاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة ومن في حكمه موطن خاص بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها.

ولئن كان هذا النص لم يذكر سوى القاصر الذى بلغ ثمانى عشرة سنة، ومن في حكمه فان من المسلم به أن حكمه يمتد إلى القاصر الذى لم يبلغ ثمانى عشرة سنة، وذلك بالنسبة للأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها، بحيث يكون له موطن خاص بهذه

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى - ص ٦٠١، د. جلال العدوى - ص ١٣٠ وما بعدها، د.عبد الحى حجازى - ص ١٤٧ وما بعدها، د. محمد شكرى سرور - ص ١٨٠ وما بعدها، د. فتحى عبد الرحيم - ص ١١١ وما بعدها.

(٢) د. جلال العدوى - ص ١٣١، د. محمد لبيب شنب - دروس في نظرية الحق ١٩٧٧م - ص ١١٤، د. عبد المنعم البدراوى - ص ٦٠٢.

الأعمال، هو المكان الذى يقيم فيه عادة وذلك بجانب موطنه العام القانونى، وهو موطن نائبه القانونى[1].

الثالثة: الموطن المختار:

كما يجوز للشخص أن يختار موطناً خاصاً لعمل معين من أعماله كمكتب أحد المحامين مثلاً، وتقضى المادة (٤٣ مدنى) أن يكون الموطن المختار ثابتاً بالكتابة.

وهذا الموطن، يكون معيناً لتنفيذ عمل معين كموطن لكل ما يتعلق بهذا العمل بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى وذلك ما لم يشترط صراحة قصر الموطن على أعمال أخرى[2].

كيفية تحديد الموطن:

وقد اختلفت الشرائع في تحديدها للموطن، وذهبت في هذا مذهبين، الأول: يأخذ بالتصور الواقعى للموطن، والبعض الآخر أخذ بالتصور الحكمى.

(أ) التصوير الواقعى للموطن:

وبمقتضاه يتحدد الموطن بالمكان الذى يقيم فيه الإنسان عادة وبهذا ترتبط فكرة الموطن، بالإقامة الفعلية، ويتفرع على هذا التصوير نتيجتان:

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٦٠٢ وما بعدها، د. جلال العدوى – ص ١٣١، د.محمد السعيد رشدى – ص ٩٣.

(٢) د. جلال العدوى – ص ١٣٢، د. عبد المنعم البدراوى – ص ٦٠٣ وما بعدها.

الأولى: إمكان انعدام الموطن: فإذا كانت الإقامة المعتادة المستمرة هي أساس ثبوت الموطن، فانه يمكن أن يوجد بعض من لا يكون له موطن مثل البدو الرحل الذين لا يقر لهم قرار في موطن معين[1]، وعند اختصام هؤلاء وجب أن يكون ذلك في الجهة التى يكونون موجودين فيها عند رفع الدعوى.

الثانية: تعدد الموطن: فالشخص وفقاً لهذا التصوير يمكن أن يكون له أكثر من موطن عام، كما هو الشأن في حالة تعدد الزوجات، وإقامة الزوج مع كل منهما إقامة معتادة في منزل مستقل، وتعدد الموطن يسهل للدائنين مخاطبة المدين فهم يختارون الموطن الأقرب لهم شخصياً[2].

(ب) التصوير الحكمى للموطن:

وبمقتضى هذا التصوير يتعين الفصل بين الموطن ومحل الإقامة، فالموطن هو المكان الذى يوجد فيه المقر الرئيسى لأعمال الشخص ومصالحه، لا المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة، صحيح أن الموطن قد يكون هو في نفس الوقت مكان الإقامة العادية، ومع ذلك فأنه لا يختلط به، فمركز النشاط الرئيسى هو الذى يحدد موطن الشخص، كالمصنع بالنسبة لرجل الصناعة، والمتجر بالنسبة للتاجر وان أقام أى منهم في مكان آخر.

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى - ص ٥٩٢، د. جلال العدوى ص ١٢٩، د. عبد الودود يحيى - ص ٢٥٥ وما بعدها، د. عبد الحي حجازى - ص ١٤٥ وما بعدها.

(٢) البدراوى - ص ٥٩٤، د. عبد الحي حجازى - ص ١٤٥.

ويقوم هذا التصوير على أساس أن الموطن فكرة قانونية لا مادية، فهو مركز الحياة القانونية للشخص، إذ فيه يخاطب بالنسبة للأعمال القانونية، وليس أصلح لهذا من مركز أعمال الشخص ونشاطه الرئيسي، ففيه يستوفي ماله ويوفي ما عليه، ومن ثم يفترض قطعاً أنه موجود في مركز أعماله[1].

ويترتب على هذا التصوير نتيجتان:

الأولى: أن كل شخص لابد وأن يكون له موطن: لأن الموطن بالنسبة لهذا التصوير هو محل الشخصية القانونية التى لابد أن تتصل بموطن، وهذا الموطن يحسب الأصل يكتسبه الشخص بالولادة وهو موطن أبويه، أو موطن الوصى عليه فإذا بلغ سن الرشد فموطنه هو المكان الذى يختاره ليكون مركز أعماله وان لم يفعل كان معنى ذلك أنه محتفظ بموطنه الأصلي الذى اكتسبه بالميلاد[2].

وبناء على ذلك: يكون للبدو الرحل موطن وأن كان مجهولاً إذ هم يختصمون إلى محكمة الجهة التى يوجدون فيها، فمحل الوجود يقوم مقام الموطن إذا كان مجهولاً.

---

(1) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٥٩٥، د. جلال العدوى – ص ١٢٨، د. شمس الدين الوكيل – ص ٤٢، د. عبد الودود يحيى – ص ٢٥٥، د. نعمان جمعة – ص ٤٣٢ – ص ٤٣١، حيث يذكر من مبررات هذا الاتجاه، أن مسكن الشخص هو مكان خاص لحياته الشخصية مع أسرته وهي في العادة -ية هادئة لا تثور بشأنها معاملات، ومن ثم فلا محل لربط الموطن بمكان بعيد عن الحياة القانونية.

(2) البدرواى – المكان السابق.

الثانية: من حيث وحدة الموطن وتعدده: لا يمكن أن يكون للشخص إلا موطن واحد، ذلك أن مناط الموطن في هذا التصوير هو المركز الرئيسى للأعمال، وهو لا يمكن إلا أن يكون واحدا.

اتجاه القانون المصرى:

والقانون المصرى صريح في الأخذ بالمذهب الواقعى للموطن بما يترتب عليه من نتائج ويبدو ذلك من نص المادة (٤٠ مدنى) التى تقرر أنه: "١- الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة، ٢- ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن كما يجوز ألا يكون له موطن ما"، وقد أخذ القانون المصرى بالاتجاه الواقعى لأنه يمتاز بالبساطة والوضوح، إذ لا افتراض فيه، كما أنه يربط الموطن بمحل الإقامة العادية للشخص، وتحديد هذا المحل أمر سهل[١].

المطلب الثالث

أهلية الشخص الطبيعى

تعرف الأهلية بأنها "صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق، ولأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق"[٢].

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٥٩٦، د. جلال العدوى – ص ١٢٩، د. عبد الحيى حجازى – ص ١٣٩، د. شمس الدين الوكيل – ص ٤١ وما بعدها، د. عبد الودود يحيى – ص ٢٥٥، د. نعمان جمعة – ص ٤٣٤.

(٢) د. عبد الودود يحيى – ص ٢٦٢، وقارن: د. محمد شكرى سرور – ص ١٨٣، حيث يعرف أهلية الوجوب بانها: صلاحية الشخص لكسب الحقوق أو التحمل بالالتزامات، وهذا خلط بين نوعى الأهلية، لأن أهلية الوجوب تثبت للإنسان بمجرد ولادته، بل أنها تثبت للجنين في بطن أمه على الراجح في الفقه، أما التحمل= =بالالتزامات، فهذا من

ويبدو من هذا التعريف أن هناك نوعين من الأهلية: أهلية الوجوب، وأهلية الأداء.

(أ) أهلية الوجوب:

تتمثل في صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق، ولأن تقرر عليه واجبات، وأهلية الوجوب بحسب الأصل يتساوى فيها جميع الناس، لأنهم جميعاً متساوون في التمتع بالحقوق واستثناء قد تكون هذه الأهلية مقيدة بالنسبة لبعض الحقوق وذلك كالجنين ليست له إلا أهلية وجوب ناقصة كما أن الأشخاص قد يختلفون في مدى تمتعهم بالحقوق تبعاً لاختلاف حالتيم السياسية والمدنية، وإذا كان الأصل أن الإنسان بمجرد ولادته تثبت له أهلية اكتساب الحقوق، وتحمل الالتزامات، فإنه لا تثبت

شأن أهلية الأداء التي تثبت لمن يعتد بعبارته، وهي لا تصلح لأن تثبت للصغير، ولا لغير كامل الأهلية.

وراجع: د. عبد المنعم البدراوي - ص ٦٠٦، حيث يفرق بين قابلية الشخص للتمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات وبين قدرته على القيام بالأعمال التي تتولد عن تلك الحقوق، وهذه الالتزامات. وراجع: د. عبد الحي حجازي - ص ١٠٦ وما بعدها: حيث يقسم مراحل تدرج الأهلية إلى أربعة مراحل تبدأ بالجنين، ويقرر أن له أهلية وجوب ناقصة أما أهلية الأداء، فليس له منها شيء مطلقاً والحقوق التي تثبت له بموجب أهلية الوجوب الناقصة، لا يستطيع استعمالها، وليس له من ينوب عنه في ذلك لأن الولاية على الإنسان لا تبدأ إلا من وقت ولادته حياً، ولكن لما كان للجنين في هذه المرحلة غلات، قد تضيع، وأملاك قد تتلف أوجبت الشريعة أن يكون ثمة أمين يوضع تحت يده المال الموقوف للحمل، ولم ير القانون حرجاً في تجويز أن يكون للحمل وصي يعينه المجلس الحسبي ليقوم على مال الجنين. وراجع: الملكية ونظرية العقد - للشيخ محمد أبو زهرة - ص ٢٦٨.

له أهلية مباشرة التصرفات القانونية التى تؤدى إلى اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، لأن هذه الأخيرة تشكل أهلية الأداء[1].

(ب) أما أهلية الأداء:

فتتمثل في صلاحية الشخص لصدور العمل القانونى منه على وجه يعتد به، ويبدو من هذا التعريف أن أهلية الأداء قاصرة على الأعمال القانونية، ولا تمتد إلى سائر الوقائع القانونية، لأن القانون هو الذى يرتب الأثر على فعل الشخص سواء كان فعله يكون خطأ يلزمه بالتعويض (مادة ١٦٣ مدنى)، أو فعلاً نافعاً يثبت له بمقتضاه الحق في التعويض على من أثرى بفعله (مادة ١٧٤ مدنى) والقانون هو الذى يرتب الأثر في كلتا الحالتين[2].

أما العمل القانوني، أو التصرف القانونى، فهو اتجاه إرادة الشخص إلى إحداث أثر قانونى معين، فيتحقق هذا الأثر نتيجة لاتجاه الإرادة إليه، وذلك كما في عقد البيع، وعقد الايجار وعقد الوصية، وسائر العقود، ولذلك يقال: "ان العمل القانونى – هو الإرادة ذاتها"[3].

تفريد أهلية الأداء:

وأهلية الأداء يمكن أن تختلط بالولاية، كما يمكن أن تختلط باصطلاح الذمة.

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى السابق، د. عبد الودود يحيى السابق.
(٢) د. عبد الودود يحيى – ص ٢٦٣.
(٣) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٦٠٧.

ونود أن نبين الفوارق بين الأهلية، وهذين الاصلاحين:

١- *الأهلية والولاية:*

أهلية الأداء - كما رأينا - تتمثل في قدرة الشخص على مباشرة الأعمال القانونية لحساب نفسه ولصالحه.

أما الولاية: فهي سلطة مقررة للشخص تجعله قادراً على القيام بأعمال قانونية تنفذ في حق الغير، فتكسبه حقاً أو تحمله بالتزام. وذلك مثل القاصر فإنه لا يستطيع أن يباشر كسب الحقوق ولا التحمل بالالتزامات بنفسه، فيقال انه ناقص الأهلية أو عديمها. وإنما يباشر هذه الأعمال لحسابه وليه أو وصية، فهذه الأعمال متى صدرت من الولي أو الوصي أحدثت أثرها في ذمة القاصر لا في ذمة الولي، مع أن القاصر فاقد الأهلية، وهنا تكون أعمال الولي أو الوصي نافذة في حق القاصر، لما له من ولاية عليه.

٢- الأهلية والذمة:

وأما الذمة المالية: فانها تتمثل في مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبات مالية[1]، وبناء على ذلك يكون لذمة الشخص من جانبان: جانب ايجابي ويشمل ما للشخص من حقوق مالية تمثل جانب الدائنية، وجانب سلبي ويتمثل في التزامات الشخص المالية، وتكون جانب المديونية، فإذا زاد الجانب الايجابي على الجانب السلبي، كانت

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى - ص ٤٦٢.

الذمة دائنة، وإذا زاد الجانب السلبي على الجانب الإيجابي كانت الذمة مدينة.

والذمة المالية تثبت لكل شخص، حتى ولو كان طفلاً حين ولادته، طالما أنه قابل لأن يكون صاحب حق، كما أنها تكون ما يعرف بالضمان العام، حيث إن مجموع ما للإنسان من حقوق مالية يضمن ما عليه من التزامات، وذلك هو أساس فكرة الذمة المالية(١).

ولا يدخل في الذمة غير الحقوق المالية، أو التي لها قيمة مالية، أما غير تلك الحقوق فلا يدخل في ذمة الشخص وذلك كالحقوق العامة، وحقوق الأسرة، لكن إذا ترتبت على تلك الحقوق آثار مالية، فإنها تدخل في الذمة.

كما أن الذمة المالية ليست قاصرة على الحقوق والالتزامات التي للشخص أو عليه في وقت معين، وإنما تشمل أيضاً ما يوجد من هذه الحقوق والالتزامات في المستقبل، فهي أشبه ما تكون بوعاء يحتوى على الحقوق المالية والديون، فإذا وجد هذا الاناء في وقت ما فارغاً، فإن هذا لا يخل بصلاحيته لتلقي ما يستجد لصاحبه من حقوق والتزامات مالية(٢).

---

(١) السابق - ص ٤٧٠ وما بعدها، د. فتحي عبد الرحيم - ص ١١٤، د. عبد الودود يحيى - ص ٢٥٨ وما بعدها، وبناء على هذا الضمان يستطيع أى دائن أن ينفذ على أى مال من أموال المدين وفي حاله تعدد الدائنين وتزاحمهم يقتسمون ماله قسمة غرماء، أى بنسبة حق كلٌ منهم، وجميع الدائنين متساوون في الضمان العام للمدين إلا من كان له منهم حق التقدم وفقاً للقانون.

(٢) د. عبد الودود يحيى - ص ٢٥٩، د. عبد المنعم البدراوى - السابق، د. سليمان مرقس - المدخل للعلوم القانونية ص ٦٢٢، د. نعمان جمعة - ص ٤١٩، د. محمد سامى

ولئن كانت الذمة في فقه القانون تتخذ طابعاً مادياً في شكل مجموعة من الأموال تثبت للإنسان أو عليه، فإنها في الفقه الإسلامي وصف يصير به الشخص أهلاً لما له ولما عليه[1] فهي ذات طابع معنوى يتمثل في القابلية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، كما أن نطاق الذمة في الفقه الإسلامي يتسع ليشمل كافة الحقوق والالتزامات المالية وغير المالية، كالصلاة والصيام والحج، وديون العباد، وكذلك الالتزامات المالية ذات الصبغة التعبدية كالزكاة وصدقة الفطر، أما نطاق الذمة في القانون فانه يتحدد بالحقوق والالتزامات المالية[2].

التنظيم القانونى للأهلية:

قام المشرع المصرى بتنظيم القواعد المتعلقة بالأهلية في المواد من (١٠٩ - ١١٩ مدنى) لكن تلك المواد لم تنظم كل المسائل المتعلقة بالأهلية، ولذلك عنى المشرع بتقرير الولاية على المال، بالمرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢م، والذى استكمل به تنظيم جميع المسائل

مدكور - نظرية الحق - ١٩٥٧م - ص ١١٥، د. شفيق شحاته - محاضرات في النظرية العامة للحق ١٩٤٩ - ص ٦٣، د. محمد لبيب شنب - مبادئ القانون ١٩٧٠م - ١٩٨، د. مختار القاضى - ص ١٨٤.

(١) التوضيح لصدر الشريعة - جـ ٢ ص ١٦١، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار - جـ ٤ ص٢٤٦، ومجلة الأحكام العدلية جـ ١ ص ٣١٠، وقواعد الأحكام للمعز بن عبد السلام - جـ ٢ ص ٩٦ والفروق للقرافى جـ ٣ ص ٢٣٠ وما بعدها، وشرح منح الجليل جـ ٣ ص ٢٧، وكشاف القناع جـ ٢ ص ١١٧.

(٢) راجع: في تفصيل هذا الموضوع: مصادر الحق في الفقه الإسلامي - للدكتور السنهورى رحمه الله جـ ١ ص ٢١ وما بعدها هامش (١)، وراجع في تعريف الذمة بالتفصيل والفرق بينها وبين الأهلية، رسالتنا للدكتوراه: أولية استيفاء الديون - من كلية الشريعة والقانون سنة ١٩٨٤م ص ٣ وما بعدها.

المتعلقة بالأهلية، ويلاحظ أن ما ورد في القانون المدني من نصوص تتعلق بالأهلية قد ركز على تدرج الأهلية بحسب السن، ومدى تأثرها بحالة الشخص الفعلية، كما تعرض لبعض عوارض الأهلية، أما قانون الولاية على المال، فقد عنى بتنظيم الولاية على معدوم الأهلية أو ناقصها وحدود سلطة الولي في مباشرة التصرفات القانونية نيابة عنهما، ويمكن ارجاع هذه المسائل ودراستها في أربعة مطالب يخصص أولها لبيان مراحل تدرج الأهلية بحسب السن، وثانيها: لبيان عوارض الأهلية، وثالثها: لبيان موانع الأهلية ورابعها: لبيان أثر الأهلية في التصرفات.

المطلب الأول

مراحل تدرج الأهلية

قسم القانون مراحل تدرج الأهلية في حياة الإنسان بدواً واكتمالاً في ثلاث مراحل:

الأولى: مرحلة الصبي غير المميز:

وتبدأ هذه المرحلة منذ ولادة الإنسان، وتنتهي ببلوغة سن السابعة وقد تكفلت ببيان هذه المرحلة المادة (٤٥ مدني) بقولها: "١- لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عتة أو جنون، ٢- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز".

وبناء على هذا النص، فأن كل من لم يبلغ السابعة يعتبر معدوم الأهلية وفاقداً التمييز أيا كانت درجة نضوجه العقلي.

الثانية: مرحلة الصبي المميز:

وتبدأ هذه المرحلة من سن السابعة، وتمتد إلى ما قبل بلوغه سن الحادية والعشرين وفي هذه المرحلة يكون للصبي أهلية أداء ناقصة، حيث يفترض أنه في تلك الحالة يدرك معاني الأشياء في الجملة، وأن لم تتوافر له أسباب التمييز كاملة.

وقد نصت المادة (٤٦ مدني) على أنه: "كل من بلغ سن التمييز، ولم يبلغ سن الرشد، وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون".

الثالثة: مرحلة البلوغ:

وهى تبدأ ببلوغ الشخص سن الحادية والعشرين، وهذه السن هى سن الرشد فإذا بلغ الشخص أحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة يكون كامل الأهلية[1]، حيث إنه بهذا السن يكون قد اكتملت بالنسبة له عناصر التمييز كاملة، ومن ثم يصير كامل الأهلية، طالما كان متمتعاً بكامل قواه العقلية، ولم يطرأ عليه ما يستوجب الحجر عليه، وتظل هذه المرحلة قائمة إلى أن تنتهى بما لابد منه لكل حى، وهو الموت.

---

(١) تنص المادة (٢/٤٣ مدني أردني) على أن سن الرشد ثماني عشرة سنة شمسية كاملة، وهذه سن معقولة واتجاه القانون بشأنها سديد.

المطلب الثاني

عوارض الأهلية

وقد يبلغ الإنسان سن الرشد، وتكتمل أهليته، ثم بعد هذا الاكتمال ينتابه عارض يؤثر في تلك الأهلية بالفقد أو بالنقص.

الفرع الأول

عوارض فقد الأهلية

وفقد الأهلية يفترض اكتمالها لصاحبها، ثم تأتى تلك العوارض، فتفقد الشخص أهلية كانت لديه، والعوارض التى تفقد الأهلية، هى الجنون والعتة.

أما الجنون: فأنه يعنى اختلال العقل بما يفقد الشخص الادراك والتمييز كلية[1].

وأما العتة: فهو نقصان العقل واختلاله، على نحو يجعل الشخص قليل الفهم مضطرب الكلام مختل الفعل، فاسد التدبير[2].

---

(١) د. محمد شكرى سرور – ص ١٩١ وما بعدها، د. محمد لبيب شنب – ص ١٣٢، د. أحمد شرف الدين – نظرية الحق ١٩٨٧ – ص ١١٧، د. عبد المنعم البدراوى – ص ٦٣٠، حيث يعرف الجنون بأنه: ذهاب العقل وفقده لآفة أصابت الشخص، ويفرق فقهاء الشريعة بين الجنون المطبق، والجنون المنقطع، أما الأول: فهو الذى لا يفيق صاحبه، وأما الثانى: فتتخلله فترات افاقة، وتصرفاته في حال الجنون باطلة، أما في حال الافاقة، فانها تعتبر صحيحة.

(٢) د. البدراوى – ص ٦٣١، د. لبيب شنب – السابق، د. أحمد شرف الدين السابق – د. توفيق فرج – السابق.

ورغم أن المعتوه لم يفقد عقله كلية كالمجنون، إلا أن المشرع المصري قد سوى بينه وبين المجنون في الحكم، وهو فقد الأهلية، حيث يكون المعتوه فاقد الأهلية كالمجنون، وقد نصت على هذا الحكم المادة (٤٥) مدني بقولها: "لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عتة أو جنون".

كما تسوى المادة (١١٤ مدنى) بين المجنون والمعتوه في الحكم، وهو بطلان تصرفهما على نحو مطلق، كما تسوى المادة (٦٥ من قانون الولاية على المال) بين المجنون والمعتوه في الحجر عليهما إذا زالت حالة الجنون أو العتة.

تصرفات كل من المجنون والمعتوه:

وقد بينت المادة (١١٤ مدنى) حكم تصرفات كل من المجنون والمعتوه بقولها: "١- يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر. ٢- أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر، فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العتة شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينه منها".

ويبدو من هذا النص أن تصرفات المجنون والمعتوه تختلف في الحكم قبل صدور قرار الحجر عنها بعد صدوره، أما بعد صدور قرار الحجر فإن تصرفهما يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً، أيا كان التصرف، بل حتى ولو كان من التصرفات النافعة نفعاً محضاً.

أما قبل صدور قرار الحجر فإن تصرفهما يقع صحيحاً رغم انعدام التمييز لديهما، فكان القانون [illegible] منهما كامل الأهلية لحين

صدور قرار الحجر ضماناً لاستقرار التعامل وحماية للغير ممن يتعاملون مع المجنون والمعتوه بحسن نية، أي لا يعلم بحالة الجنون أو العتة، ولم يكن في استطاعته أن يعلم بها ويكون تصرفهما صحيحاً، إلا إذا كانت حالة الجنون والعتة شائعة مشهورة وقت التعاقد، أو كان من تعاقد مع المجنون على علم بها، أو كان في امكانه أن يعلم بها وذلك لسوء نيته في هذه الحالة، وسوء النية مردود على صاحبه، وهو في هذه الحالة لن يفاجأ إذا أبطل التصرف[1].

الفرع الثاني

عوارض نقص الأهلية

ومن عوارض نقص الأهلية السفة والغفلة.

وأما السفة:

فيعرف بأنه تبذير المال وصرفه في غير موضعه على غير مقتضى العقل والشرع، فهو من الخفة التي تحمل صاحبها على التصرف بالمخالفة لمقتضى العقل والشرع[2].

---

(١) د. أحمد شرف الدين – ص ١١٨، د. توفيق فرج – ص ٢٤٦، د. عبد المنعم البدراوي – ص ٦٣٢ وما بعدها، د. محمد شكري سرور – ص ١٩٢ وما بعدها، د.جميل الشرقاوي ص ٣٣٢ وما بعدها، د. فتحي عبد الله – ص ١٣٣ وما بعدها، د.نعمان جمعة – ص ٤٥٧ وما بعدها، د. عبد الودود يحيى ص ٢٧٤ وما بعدها، د.شمس الدين الوكيل – ص ٧٩ وما بعدها، د. عبد الحي حجازي – ص ١١٦ وما بعدها، حيث يقرر أن الجنون هو فقد القدرة على التمييز، وأنه يترتب عليه: عدم أهلية طبيعي أو واقعي، وعدم أهلية قانوني وهو لا يوجد إلا بقرار حجر مسجل، د. أحمد سلامة – ص ٢١٥ وما بعدها.

(٢) حكم النقض المصري في ١٩٧٤/٣/٢٧م – المجموعة س ٢٥ – ص ٥٩٣.

وأما الغفلة:

فتتمثل في ضعف الادراك الذى يجعل من يصاب به لا يهتدى إلى النافع من التصرفات، فيغبن في معاملاته[1]، والسفة والغفلة من العوارض التى تعترى الإنسان فلا تخل بالعقل من الناحية الطبية، وإنما تنقص من ملكات نفسية أخرى أخصها الإرادة، وحسن التقدير[2].

وفكرة السفة ليست من قبيل الفكر المقيد المنضبطة المضمون، وإنما هى فكرة معيارية، يرجع في تقدير وجودها إلى التجارب الاجتماعية، وما يتعارف الناس عليه في حياتهم وهى تبنى بوجه عام على اساءة التصرف، الذى يستفاد من بعض التصرفات، كالادمان على المقامرة، واتباع الهوى، ومكابرة الفعل ولو كان التصرف مشروعاً كالاسراف في التبرعات[3].

وأما الغفلة فانها يستدل عليها باقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدى إلى الرابح منها، أو قبوله فاحش الغبن في تصرفاته عادة، أو بتأثير الخداع على وجه يهدد ماله بخطر الضياع.

فالسفيه يكون عادة متبصراً بعواقب الفساد، ولكنه يتعمده، أما ذو الغفلة فان الفساد يصدر منه عن سلامة طوية وحسن نية[4].

---

(١) حكم النقض المصرى في ٢٥/١٠/١٩٧٢م المجموعة س ٢٢ رقم ١٩١ ص ١٢١٦.

(٢) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٦٣٣، د. شمس الدين الوكيل ص ٨١، د. أحمد سلامة ص ٢١٩.

(٣) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٦٣٤.

(٤) راجع: المذكرة الايضاحية لقانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ وحكم النقض المدنى في ١٤/٥/١٩٧٥م. المجموعة س ١٦، ص ١٥٠٢.

تصرفات السفيه وذى الغفلة.

ويجوز للمحكمة أن تحجز على كل من السفيه وذى الغفلة كما يجوز لها أن ترفع الحجر عنهم، وفقاً لما تقضي به المادة (١١٣ مدنى) والمواد (١٨/ ٦٥، ٤٧، ١/ من قانون الولاية على المال).

وقد نصت المادة (١١٥ مدنى) على أنه: "١- إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام، ٢- أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر، فلا يكون باطلاً أو قابلاً للابطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ".

ومفاد هذا النص أنه يجب التفرقة في الحكم على تصرفات السفيه وذى الغفلة، فهى تختلف قبل قرار الحجر عنها بعد صدور هذا القرار، وقبل تسجيل قرار الحجر يكون تصرف السفيه وذى الغفلة كتصرف الصبى المميز، ومعنى ذلك أنه يكون صحيحاً إذا كان نافعاً نفعاً محضاً، وباطلاً إذا كان ضاراً ضرراً محضاً، وقابلاً للابطال إذا كان متردداً بين النفع والضرر.

ومع ذلك: يصح تصرف السفيه وذى الغفلة بالوقف أو الوصية إذا اذنته المحكمة في ذلك (مادة ١١٦ مدنى) والمادة (٥ من قانون الوصية) وذلك رغم أنهما من التصرفات الضارة ضرراً محضاً كما تكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة في الحدود التى رسمها القانون (مادة ٦٧ من قانون الولاية على المال).

وغنى عن البيان أن تصرفات السفيه وذى الغفلة صحيح قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للبطلان إلا إذا تم نتيجة غش وتواطؤ، فلا يكفى هنا أن تكون حالة السفة والغفلة قائمة، أو شائعة، أو يكون المتعاقد على علم بها ولكن لابد من التواطؤ فيها بين السفية أو ذى الغفلة ومن صدر له التصرف، حين يعمد الأولان إلى تبديد مالهما خشية توقيع الحجر عليهما، فيتصرفون لمن تواطأ معهم[1]، وهنا يكون بطلان التصرف أو ابطاله رداً لقصدهما السيئ هذا.

المطلب الثالث

موانع الأهلية

وموانع الأهلية في القانون ثلاثة: مانع طبيعي، وهو اصابة الشخص بعاهة مزدوجة، أو ضعف جسماني شديد، ومانع مادى وهو الغيبة، ومانع قانونى وهو الحكم بعقوبة، وهذه الموانع قد تعترى الشخص بالرغم من اكتمال أهليته لوجود ظروف تمنعه من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، ومن ثم يتدخل القانون فيقرر تعيين شخص آخر يتولى عنه إبرام تلك التصرفات ونشير إليها.

أولاً: العاهة والعجز الجسماني:

قد يصاب الإنسان عاهة أو عجز في جسمه يجعلانه في حالة لا يستطيع معها أن يباشر التصرفات القانونية بمفرده ولهذا كان من الواجب أن يعين له مساعد يعاونه في تبصيره بحقيقة الأمور، إذا

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٦٣٦.

استدعت حالته ذلك[1].

وقد نصت على تلك المساعدة القضائية المادة (٧٠/١ مدني) بقولها: "إذا كان الشخص أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك"، وقد أضافت (المادة ٢/٧٠) من قانون الولاية على المال، إلى هذه الحالة: العجز الجسماني الشديد حيث يجوز للمحكمة أن تعين لمن أصابه مساعداً قضائياً، والعجز الجسماني، كالشلل النصفي، والضعف الشديد وضعف السمع والبصر ضعفاً شديداً لا يبلغ مبلغ الصمم أو العمى أو ما إلى ذلك[2].

والمساعد القضائي معاون لمن تقررت له المساعدة فهو ليس بمثابة نائب قضائي، فلا ينفرد دونه بالتصرف، وإلا فإن تصرفه لا ينفذ في حقه، وذلك بخلاف الولي أو الوصي أو القيم، فانه ينفرد بالتصرف نيابة عن الأصيل، ويقوم فيه مقامه[3].

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١١٧ مدني) على أنه: "يكون قابلاً للابطال كل تصرف من التصرفات التي تقررت المساعدة القضائية فيها، متى صدرت من الشخص الذي تقررت مساعدته قضائياً، بغير معاونة المساعد، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة".

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ٦٣٧.

(٢) المذكرة الايضاحية لقانون الولاية على المال – فقرة ١٠٥.

(٣) د. [illegible] شكرى سرور – ص ١٩٧. د. عبد المنعم البدراوى ص ٦٤١.

ومفاد ذلك: أن التصرف إذا صدر قبل التسجيل، فانه يكون صحيحاً رعاية لمصلحة الغير حسن النية الذى يتعامل مع الشخص الخاضع للمساعدة القضائية.

ثانياً: الغيبة:

والغائب شخص كامل الأهلية، لكنه رغم اكتمال أهليته لا يقدر على إدارة شئونه بنفسه ومن ثم فانه ان لم يكن قد ترك وكيلا، فان المحكمة تقيم وكيلاً عنه متى انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابة، وترتب على ذلك تعطيل مصالحه، وان كان قد ترك وكيلاً بنفسه فان المحكمة ينبغي عليها أن تحكم بتثبيته متى توافرت الشروط التى يشترط توافرها في الوصى والا عينت غيره.

وغنى عن البيان: أن الغائب هو من غاب عن بلده سنة فأكثر، ويختلف عن المفقود في أن الأخير هو الغائب الذى لا يعلم حياته من موته وقد سبق بيان ذلك.

ثالثاً: المحكوم عليه بعقوبة جناية:

وفقد الأهلية في تلك الحالة ليس لسبب ذاتى في المحكوم يتعلق بالتمييز، وإنما هو عقوبة تبعية يفرضها القانون على من يحكم عليه بعقوبة جنائية[1]، وقد نصت على ذلك المادة (٢٥ عقوبات) بقولها: "كل من حكم عليه بعقوبة جناية، لا يجوز له أن يتولى إدارة أمواله مدة

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٦٤٤.

اعتقاله ويعين قيماً لهذه الإدارة تقره المحكمة، فإذا لم يعينه عينته المحكمة المدنية التابع لها محل إقامته بناء على طلب النيابة العمومية أو ذي مصلحة في ذلك، كما تقرر أن المحكوم عليه لا يجوز أن يتصرف في أمواله إلا بناء على اذن من المحكمة المدنية المذكورة، وكل التزام يتعهد به مع عدم مراعاة هذا الاذن يكون باطلاً بقوة القانون، وترد أموال المحكوم عليه إليه بعد انقضاء مدة عقوبته، أو الافراج عنه، ويقدم له القيم حساباً عن ادارته، والبطلان المقرر جزاء التصرفات المحكوم عليه في أمواله بدون اذن المحكمة، هو بطلان مطلق لتعلقه بالنظام العام (مادة ٢٥ عقوبات)، فموافقة المحكمة شرط لانعقاد تصرفات المحكوم عليه[1].

المطلب الرابع

أثر الأهلية في التصرفات

لبيان أثر الأهلية في التصرفات يجدر بنا أن نذكر بأن التصرفات القانونية التي يمارسها الشخص تنقسم إلى ثلاثة أنواع: تصرفات نافعة نفعاً محضاً، وتصرفات ضارة ضرراً محضاً، وتصرفات دائرة بين النفع والضرر.

---

(١) المرجع نفسه.

(أ) أما التصرفات النافعة نفعاً محضاً:

فهي التي يترتب عليها أثراء الشخص دون أن يبذل مقابلاً لذلك فهي تدخل في ذمته ما لا دون أن تتحمل بأى التزام، وذلك كقبول الهبة، ذلك تصرف يثرى من ورائه الموهوب له دون مقابل فيكون هذا التصرف نافعاً له نفعاً محضاً.

(ب) وأما التصرفات الضارة ضرراً محضاً:

فهي تلك التي يترتب عليها افتقار الشخص دون مقابل لهذا الافتقار، وهذه الحالة عكس الحالة الأولى تماماً، ومن أمثلتها الهبة بالنسبة للواهب، حيث يفقد بتصرفه المال الموهوب دون عائد يثرى ذمته من هذا التصرف، ولهذا كان تصرفه هذا ضاراً ضرراً محضاً.

(جـ) التصرفات الدائرة بين النفع والضرر:

وهي تلك التصرفات التي يختلط فيها الاثراء بالافتقار، حيث لا يخلص فيها أحدهما فهي لا تنطوي على افتقار خالص، ولا على اثراء خالص، وذلك كالبيع والأيجار، حيث يرتب كل من هذين العقدين في ذمة أطرافه التزامات متبادلة، بحيث يبذل المال في البيع، أو المنفعة في الاجارة بمقابل، ومن ثم كان من خصائصهما أنهما من العقود التبادلية.

واتجاه الفقه المعاصر يذهب إلى أن هذا النوع من التصرفات ينشطر إلى الفرعين هما: أعمال التصرف وأعمال الإدارة[1].

---

(١) راجع في تفصيل ذلك: رسالة دكتوراة من حقوق عين شمس ١٩٨٣م بعنوان: أعمال التصرف وأعمال الإدارة في القانون الخاص - للدكتور محمد السعيد رشدى - دار النهضة العربية.

أما أعمال التصرف:

- فهي التي يترتب عليها تعديل المركز المالي للشخص بصفة نهائية أو الزامه بالنسبة للمستقبل، بما من شأنه أن يغير في مقدار العناصر المكونة للذمة المالية ومثل هذه الأعمال أعمال خطرة، ومن ثم تطلب المشرع لها أهلية كاملة تعرف بأهلية التصرف المقابلة لأهلية الإدارة[1].

وأما أعمال الإدارة:

فهي تلك التي يقصد من ورائها استثمار العناصر المادية المكونة للذمة المالية استغلالاً عادياً، دون أن يترتب عليها التزام في المستقبل، ودون تعديل في العناصر المكونة للذمة فهي في الأصل لا يترتب عليها خروج حق من ذمة المتصرف أو إنشاء حق عيني على شيء مملوك له، وإنما يقصد منها المحافظة على حقوق الشخص واستثمارها، كالحصول على غلة الشيء مع بقائه في ذمته[2].

هذه هي أنواع التصرفات المختلفة، ولنا أن نتساءل عن مدى صلاحية الأهلية لممارسة هذه الأنواع من التصرفات، خاصة وأنها تتدرج في قوتها من حيث القدرة على ممارسة التصرف بدءاً من الولادة وحتى وصول الإنسان إلى سن احدى وعشرين سنة ميلادية كاملة.

---

(١) د. محمد السعيد رشدى - نظرية الحق - ص ١١٣ وما بعدها، والرسالة السابقة - ص ١٦١.

(٢) المرجع نفسه - ص ١١٤.

إن الاجابة عن هذا التساؤل لن تكون صحيحة إلا إذا بينا مدى قدرة كل مرحلة من مراحل الأهلية على ممارسة كل تلك التصرفات أو بعضها وذلك كما يلي:

أولاً: تصرفات الصبي غير المميز:

ومعلوم أن الصبي غير المميز هو الذى لم يبلغ السابعة ومن ثم تنعدم لديه أهلية الأداء فلا يقدر على ممارسة أى نوع من أنواع تلك التصرفات، سواء منها ما كان نافعاً أم ضاراً أم دائراً بين النفع والضرر، وقد نصت المادة (١١٠ مدنى) على أنه: "ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله، وتكون جميع تصرفاته باطلة".

ولئن كانت الأهلية معدومة في حقه، فان له ذمة تثبت له كإنسان، وبمقتضاها يمكن أن يكتسب الحقوق التى لا تستلزم تصرفاً من قبله.

ثانياً: تصرفات الصبي المميز:

وهو الذى بلغ السابعة من عمره، ولم يصل بعد إلى سن الواحد وعشرين سنة ميلادية كاملة، وتصرفات هذا الصبى قد قامت بتنظيمها المادة (١١١ مدنى) فقالت: "١- إذا كان الصبى مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة له نفعاً محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً.

٢- أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للابطال لمصلحة القاصر ويزول حق التمسك بالابطال، إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الاجازة من وليه أو من المحكمة بحسب الأحوال وفقاً للقانون".

ويبدو من هذا النص:

أنه يفرق في تصرفات الصبي المميز بين التصرفات النافعة وهي صحيحة في حقه، والتصرفات الضارة، وهذه تبطل، وأما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتكون صحيحة منتجة لآثارها إلى أن يتقرر مصيرها اما بالاجازة أو بالابطال، والاجازة تصدر من الصبي بعد بلوغه سن الرشد، أو من وليه إذا كان التصرف يدخل في حدود ولايته، أو المحكمة، فإذا ما صدرت الاجازة على هذا النحو تأكدت صحة التصرف وأصبح محصناً ضد الابطال، وإذا بطل اعتبر كأن لم يكن، ويبطل الحق في التمسك بالابطال بمضي ثلاث سنوات من يوم اكتمال الأهلية[1].

واستثناء من الأحكام السابقة:

يكون القاصر كامل الأهلية في حالتين:

الأولى: المأذون له بالإدارة:

إذا بلغ الصبي ثماني عشرة سنة جاز له بعد اذن الولي أو المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لادارتها، وقد أقر المشرع المصري للصبي الذي بلغ هذه السن أهلية خاصة تؤهله لإدارة أمواله بعد بلوغ سن الرشد، ولعله قد اقتبس هذا الحكم من التشريع الإسلامي مسترشداً بقوله: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم

---

(١) ويجوز للورثة أن يتمسكوا بحق الابطال بعد موت المتصرف، راجع: حكم النقض المدني في ٢٧/٢/١٩٦٨م المجموعة س ١٦ – ص ١٦١.

أموالهم﴾[1].

وقد نصت المادة (١١٢ مدنى) على أنـه: "إذا بلـغ الصبـى المميز الثامنة عشرة من عمـره وأذن لـه فـي تسلم أموالـه لادارتهـا أو تسلمها بحكم القانون، كانت أعمال الإدارة الصـادرة منـه صحيحـة فـي الحدود التى رسمها القانون".

ويكون هذا الاذن من الولى باشهار لدى الموثق وله أن يسحب هذا الاذن أو يحد منه باشهار آخر (مادة ٥٤ من قانون الولاية علـى المـال) وذلك مع مراعاة حكم المادة (١٠٢٧ مرافعات)[2] كما يجوز منـح هـذا الاذن من المحكمة بعد سماع أقـوال الوصـى، وإذا رفضت الاذن فـلا جوز تجديده قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى.

وقد قضت المادة (٥٦ من قانون الولاية على المال) بأنه: "للقاصر مأذون أن يباشر أعمال الإدارة وله أن يفى ويسـتوفى الديـون المترتبـة لى هـذه الأعمـال، ولكـن لا يجـوز لـه أن يؤجـر الأراضـى الزراعيـة المبانى لمدة تزيد على سنة، ولا يفى الديون الأخرى، ولو كانت ثابتـة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذى آخر إلا باذن خاص مـن المحكمـة، أو من الوصى فيما يملكـه مـن ذلـك، ولا يجـوز للقـاصر أن يتصـرف فـي صافى دخله إلا بالقدر اللازم لسداد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً".

---

(١) سورة النساء آية رقم (٦)، مع فرق أن التشريع الإسلامي قـد أنـاط دفـع المال بـالبلوغ دون تحديد سن، وغالباً ما يكون البلوغ قبل سن الثامن عشرة.

(٢) والتى تقضى بأن يشهر التصرف في سجل معد لذلك ضماناً لاستقرار المعاملات.

نطاق الاذن بالإدارة:

ومفاد نص المادة (٥٦ المشار إليه) والمواد (٥٧، ٥٨ من قانون الولاية على المال) لا يجوز للقاصر تأجير الأراضى الزراعية والمبانى لمدة تزيد على سنة إلا باذن خاص من المحكمة أو من الولى أو الوصى، وفي الحالات التى يحدد القانون للايجار فيها مدة أكثر من سنة لا يجوز للقاصر أن يمارس حق التأجير في هذه الحالات، وكذلك الأمر فيما يتعلق بقاعدة الامتداد القانونى لايجار الأماكن حيث لا يجوز للقاصر أن يؤجر في تلك الحالة[1].

ولا يجوز للقاصر المأذون له بالتصرف في صافى دخله إلا في حدود ما يلزم لنفقته ونفقة من تلزمه نفقتهم قانوناً ولا يجوز له أن يوفى الديون الأخرى، غير تلك التى تنشأ عن إدارة أمواله، حتى ولو كانت هذه الديون ثابتة بحكم واجب النفاذ إلا باذن خاص من المحكمة، أو من الوصى في حدود اختصاصه، وفي غير ذلك يكون للقاصر المأذون له في إدارة أمواله أهلية مباشرة جميع أعمال الإدارة بالنسبة للأموال التى أذن له في تسليمها، في الحدود المشار إليها[2].

(١) د. محمد السعيد رشدى، الرسالة المشار إليها – ص ١٩١، وراجع: د. محمد لبيب شنب – شرح أحكام الايجار ١٩٦٢م، ص ٤٣.

(٢) د. محمد على عمران – الوجيز في شرح عقد البيع والتأمين جـ ١ ص ٣٨ دار النهضة العربية، د. عبد الفتاح عبد الباقى – نظرية الحق – ص ١٠٠، د. محمد السعيد رشدى – نظرية الحق ص ١٨٨.

الثانية: القاصر المأذون له في التجارة:

ولما كانت التجارة تنطوى على مخاطر مالية ربما لا يقدر الصبى على إدراك مداها، وتستتبع مع خطورتها مسئوليات جسيمة قد تؤدى بالصبى إلى الافلاس، ومن ثم لا يكفى فيها الاذن بالإدارة فنصت المادة (٥٧ من قانون الولاية على المال) على أنه: "لا يجوز للقاصر سواء أكان مشمولاً بالولاية أم بالوصاية أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنته المحكمة في ذلك اذناً مطلقاً أو مقيداً".

ويفيد هذا النص: أن الاذن بالتجارة قد يكون مطلقاً وقد يكون مقيداً، وفي حالة الاطلاق يكون المأذون أهلاً للقيام بجميع أنواع التجارة دون تقييد، وفي الحالة الثانية يكون مقيداً بنوع معين من التجارة، ومتى أذن للقاصر بالتجارة، فانه يكون أهلاً لمباشرة الأعمال التجارية التى أذن له بمباشرتها وما يلزم لمباشرة تجارته من بيع وشراء، وقرض واقتراض، وذلك خروجاً على الأصل العام الذى يجعل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر على الصبى المميز غير جائزة، كما أن له أن يقاضى ويتقاضى ويصالح ويحتكم، ويسرى التقادم في مواجهته، ويحرم من قواعد الغبن المقررة في بيع عقار ناقص الأهلية، كما يمكن أن يكتسب صفة التاجر، إذا احترف الأعمال التجارية – ويمكن بالتالى شهر افلاسه[1].

(١) راجع: في تفصيل ذلك: الولاية على المال للأستاذ محمد كمال حمدى – ص ١٦٠ وما بعدها – دار المعارف سنة ١٩٦٦م.

ثالثاً: تصرفات البالغ الرشيد:

وإذا بلغ الشخص سن الرشد وهى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة، صار كامل الأهلية، وبمقتضى ذلك يكون له ممارسة جميع أنواع التصرفات، وتقع منه صحيحه، سواء كانت نافعة نفعاً محضاً، أو ضارة ضرراً محضاً، أم دائرة بين النفع والضرر ومن ثم تقع هبته ووصيته ووقفه صحيحاً، ولكن الوصية يجب أن تتقيد بحدود الثلث.

ويشترط لثبوت الأهلية الكاملة ببلوغ هذه السن أن يكون الشخص متمعاً بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه (مادة ٤٤ مدنى).

وقد نصت المادة (١٨ من قانون الولاية على المال): "أن الولاية تنتهى ببلوغ القاصر أحدى وعشرين سنة ميلادية ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية فمتى بلغ الصغير هذه السن رشيداً، زالت عنه الولاية بحكم القانون، أما إذا أنس الولى في الصغير عارضاً من العوارض التى تحول دون كمال الأهلية عند بلوغ السن المقررة في القانون وأنه سيبلغ غير رشيد، فله أن يطلب استمرارها إلى ما بعد هذه السن، وللمحكمة أن تقضى بذلك إذا استوثقت من قيام العارض أو شاطرت الولى رأيه في عدم ايناس الرشد[١].

(١) د. عبد المنعم البدراوى - مبادئ القانون ص ٣٩٦ - ١٩٧٢، مكتبة وهبه.

الفصل الثاني

الشخص الافتراضي أو المعنوي

لا يقتصر وجود الشخصية القانونية على الإنسان وحده إذ أنه ليس -من هذا المفهوم- هو الكائن الاجتماعي الوحيد في المجتمع، حيث يوجد إلى جانبه كائنات اجتماعية تكتسب الشخصية القانونية على سبيل الافتراض، وتسمى بالشخص المعنوى أو الاعتبارى، وهذا الشخص المعنوى يحقق أغراضاً وأعمالاً ربما يفوق تحقيقها واستمرارها قدرة وحياة الشخص الطبيعي، وقد اعترف القانون لتلك الكائنات بالشخصية القانونية حيث توجد نتيجة تكتل بعض الأشخاص أو رصد بعض الأموال لتحقيق غرض معين يكتسب كياناً مستقلاً عن كيان الأشخاص الذين يسهمون في نشاطه، أو الذين ينتفعون من هذا النشاط فالدولة مثلاً تعتبر شخصاً مستقلاً متميزاً عن شخصيات كل أفراد الشعب، والجمعية تعتبر شخصاً قانونياً متميزاً ومستقلاً عن شخصيات المكونين لها. أو الذين ينضمون لها أو ينتفعون من نشاطها، وقل مثل ذلك في المؤسسات والشركات، وغيرها[1].

فالسبب الذى دعا المشرع لاضفاء الشخصية القانونية للشخص الاعتبارى، إحساسه بضعف الإنسان وقلة موارده وقصر عمره عن

---

(1) د. منصور مصطفى منصور - نظرية الحق ١٩٦٢ - ص ٢٠٦، د. جلال العدوى - ص ١٧١، د. عبد الناصر العطار، مبادئ القانون - ص ٢٦٢، د. أنور سلطان - ص ٢٤٠، د. محمد لبيب شنب - ص ١٨٨، د. عبد المنعم البدراوى - مبادئ القانون - ص ٤١٢ وما بعدها، وراجع بصفة عامة كتابنا: انتهاء الشخصية وآثاره في الفقه الإسلامي والقانون- دار النهضة العربية ١٩٩٦م.

تحقيق الأعمال المرتجاة من الشخص الطبيعي والتي تتطلب مالاً وفيراً، وجهداً كبيراً ووقتاً طويلاً، ومن ثم يجد الإنسان نفسه مضطراً لضم نشاطه إلى نشاط غيره من آحاد الناس، ليتكون من مجموع تلك الأنشطة، قوة لا يتطرق إليها الفناء بسرعة، وتقدر على القيام بأعباء ثقال من الناحيتين الاجتماعية والاقتصادية[١].

مفهوم الشخص المعنوى:

وبناء على ذلك: يمكن تعريف الشخص الاعتبارى أو المعنوى بأنه: "كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تقوم بتحقيق غرض معين، ويمنحها القانون الشخصية القانونية التى تمكنها من تحقيق هذا الغرض[٢].

ومن هذا التعريف يتبين لنا:

(١) أن الشخص الاعتبارى عبارة عن مجموعة من الأشخاص أو الأموال فقد تتكون جماعة لتحقيق غرض معين، ويعترف لها القانون بالشخصية، وتكون لها شخصية مستقلة عن شخصية المكونين لها، وقد تخصص مجموعة من الأموال لغرض معين من أغراض البر، أو المنفعة العامة، كالمستشفيات والملاجئ والمعاهد العلمية، وغيرها من المؤسسات.

---

(١) د. محمد لبيب شنب – السابق، د. أنور سلطان السابق.

(٢) د. منصور مصطفى منصور – ص ٢٠٧، د. محمد لبيب شنب – ص ١٨٨، د. جلال العدوى – ص ١٧١..

(٢) كما أن الشخص الاعتباري يقوم لتحقيق غرض معين مستقل عن الأهداف الخاصة للأشخاص المكونين له، وباختلاف هذا الهدف تختلف أنواع الشخص المعنوى، فإذا كان هدف الشخص المعنوى عاماً، كان من أشخاص القانون العام وإن كان خاصاً، كان من أشخاص القانون الخاص.

(٣) أن الشخص الاعتبارى لا يمنح من الشخصية القانونية إلا بقدر ما يلزم لتحقيق أهدافه، ومن ثم وجب أن يتحدد نشاطه القانونى بالحدود التى أنشئ من أجلها، فلا يجوز لمستشفى أن تؤجر بعض غرفها كفندق، ولا يجوز لجمعية أن تدخل في مضاربات مالية[1].

خطة الدراسة:

ودراسة الشخص الاعتبارى، يقتضى إلقاء الضوء على وجوده بدءاً ونهاية، وسوف نبين ذلك في مبحث أول، كما يقتضى بيان هويته اسماً وحالة وموطناً. وسوف نبين ذلك في مبحث ثان، أما المبحث الثالث فنخصصه لأهلية الشخص المعنوى وأنواعه.

---

(١) د. جلال العدوى – ص ١٧٢، وراجع: د. عبد الناصر العطار – ص ٢٦٤، د. عبد المنعم البدراوى – مبادئ القانون – ص ٤٢٦.
حيث يقرر أنه لابد لنشوء الشخص المعنوى من عنصرين أولهما: موضوعى يتمثل في وجود مجموعة من الأشخاص أو الأموال ترصد لغرض معين، وثانيهما: عنصر شكلى، ويتمثل في اعتراف الدولة بالشخصية القانونية لهذا المجموع من الأشخاص أو من الأموال، وفي هذا المعنى: د. عبد الحى حجازى – ص ٧٠ وما بعدها، د. عبد الودود يحيى ص ٢٩٢.

المبحث الأول

وجود الشخص المعنوى

ووجود الشخص المعنوى يتوقف على الاعتراف له بالشخصية القانونية، وهذا الاعتراف يمثل بالنسبة للشخص المعنوى شهادة الميلاد، ويظل قائماً حتى يتوافر سبب من الأسباب المؤدية إلى انقضائه، أو حتى تتم تصفيته.

أولاً: بدء الشخصية الاعتبارية باعتراف القانون:

لا تثبت الشخصية الاعتبارية لجماعة أو هيئة معينة إلا بموافقة القانون، فأى جماعة لا يوافق القانون على تمتعها بالشخصية الاعتبارية لا يمكن أن تتوافر لها هذه الشخصية بحال من الأحوال، وموافقة القانون على وجود الشخص الاعتبارى قد تكون على هيئة اعتراف عام أو على هيئة اعتراف خاص من خلال صدور قرار خاص بوجوده.

(أ) الاعتراف العام:

ويراد بالاعتراف العام: الاعتراف بالشخصية المعنوية لكل من تتوافر فيه شروط معينة، ينص عليها القانون، وبمجرد توافر هذه الشروط تثبت الشخصية المعنوية، بقوة القانون، وذلك هو شأن القانون المصرى بالنسبة للجمعيات والمؤسسات الخاصة والشركات فيما عدا الشركة المساهمة[1].

---

(1) د. جلال العدوى – ص ١٧٣، وقد نصت المادة (٥٠٦ مدنى) على اعتبار الشركة بمجرد تكوينها شخصاً اعتبارياً، كما نصت المادة (٥٢ مدنى) على اعتبار الدولة والمدن والقرى والهيئات والطوائف الدينية والأوقاف، والشركات التجارية والمدنية والجمعيات والمؤسسات أشخاصاً اعتبارية.

وتختلف الشروط التي يتطلبها القانون للاعتراف بالشخص المعنوي باختلاف نوعه، وخاصة فيما يتعلق بشهر نظام الشخص المعنوي، حيث يعتبر بالنسبة للجمعيات والمؤسسات الخاصة شرط وجود، بينما هو بالنسبة للشركات الخاصة شرط للاحتجاج بالشخصية المعنوية قبل الغير.

(ب) الاعتراف الخاص:

والاعتراف الخاص، يتوقف على صدور قرار خاص بإنشاء شخص معنوي بالذات، وذلك كما هو الشأن بالنسبة لشركات المساهمة والهيئات والمؤسسات العامة، حيث يتوقف انشاؤها على قرار من رئيس الجمهورية، وبمجرد إنشائها تكتسب الشخصية المعنوية حيث لا يلزم أن ينص قرار إنشائها على ذلك، وكذلك الأمر بالنسبة لإنشاء شركات المساهمة الخاصة، حيث يتوقف على صدور قرار من السلطة الإدارية، وقد نصت المادة (٥٢/٦ مدني) على أن: "كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص في القانون"[1].

---

(١) وقد نص القانون الخاص بهيئة قناة السويس على اعتبارها هيئة عامة ذات شخصية اعتبارية مستقلة (مادة ١ من القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٧م)، وقد قضت محكمة النقض المدني بتاريخ ١٩٧٨/٣/٢٩م في الطعن رقم ٦٢٨ لسنة ٤٤ ق بأن ما تفيده المادتان (٥٢/ ٥٣ مدني) أن مناط ثبوت الشخصية الاعتبارية للهيئات والطوائف الدينية، هو باعتراف الدولة اعترافاً خاصاً بها بمعنى أنه يلزم صدور ترخيص أو اذن خاص لقيام الشخصية المعنوية لكل هيئة أو طائفة دينية، وهو اعتراف مباشر وخاص.

ثانياً: انتهاء الشخصية الاعتبارية:

والشخص المعنوى ينقضى بأسباب متعددة، فهو ينقضى بانقضاء الأجل المحدد له إذا وجد هذا التحديد في سند إنشائه، وقد ينقضى إذا تحقق الغرض من إنشائه وانتهى أو إذا ثبت استحالة تنفيذ هذا الغرض، كما قد ينقضى الشخص المعنوى بالحل، وهذا الحل قد يكون اختيارياً يتم بإرادة المكونين له واتفاقهم، كالاتفاق على حل الجمعية أو الشركة، وقد يكون اجبارياً أى بقرار من الإدارة أو بحكم قضائى[1].

ومتى انتهت شخصية الشخص المعنوى، صفيت ذمته، أى سددت ديونه من أمواله ووزع المتبقى من المال، وفقاً لما هو مقرر في سند إنشائه، إلا أن ينص القانون على قواعد معينة في هذا الخصوص[2].

المبحث الثانى

هوية الشخص المعنوى

وتتحدد هوية الشخص المعنوى من خلال تمييز ذاته باسم يتخذه، وحالته وموطنه. ونبين هذه الأمور الثلاثة:

---

(١) مثال ذلك ما تقضى به المادتان ٥٧، ٦٩ من القانون رقم ٣٢ [illegible] الخاص بالجمعيات والمؤسسات الخاصة.

(٢) ومثال ذلك ما تقضى به المادة (الخامسة من القانون المشار إليه) من أنه لا يجوز النص في نظام الجمعية، على أن تؤول أموالها عند الحل، إلا إلى الجمعيات أو المؤسسات أو الاتحادات التى تعمل في ميدان عمل الجمعية المنحلة.
راجع: د. عبد المنعم البدراوى – ص ٤٢٨، د. جلال العدوى – ص ١٧٥ وما بعدها، د. لبيب شنب – ص ١٩١، د. محمد شكرى سرور – ص ٢٣٠ وما بعدها، د. منصور مصطفى منصور – ص ٢١٢، د. عبد الودود يحيى ص ٣٠٤، د. نعمان جمعة – ص٥١٦، د. فتحى عبد الله – ص ١٧٠، د. [illegible] – ص ٣٦٧ وما بعدها.

أولاً: اسم الشخص المعنوى:

لكل شخص معنوى اسم يتميز به عن غيره من سائر الأشخاص الاعتبارية التى قد تختلط بـه، ويجب أن يختار المؤسسون الاسم عند إنشاء الشخص المعنوى أو ينص عليه في السند المنشئ، وقد يكون اسم الشخص الاعتبارى اسماً تجارياً، وفي هذه الحالة يجوز التصرف فيه باعتباره أحد عناصر المحل التجارى.

وتشمل حماية القانون اسم الشخص الاعتبارى، فلا يجوز الاعتداء عليه، وإذا وقع في هذا الاعتداء، يكون له الحق في التعويض عن الضرر الذى يصيبه[1].

ثانياً: موطن الشخص الاعتبارى:

لكل شخص اعتبارى موطن مستقل ومتميز عن موطن كل عضو من أعضائه، وقد نصت المادة (٥٣ مدنى) على أن: "للشخص الاعتبارى موطن مستقل، ويعتبر موطنه المكان الذى يوجد فيه مركز إدارته"، غير أنه إذا كان للشخص الاعتبارى عدة فروع، فإن موطنه، يعتبر هو المكان الذى يوجد فيه الفرع، فيما يتعلق بالأعمال المتعلقة بهذا الفرع[2]، وقد نصت المادة (٥٢ مدنى) على أن: "الشركات التى يكون مركزها الرئيسى في الخارج، ولها نشاط في مصر يعتبر مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلى، المكان الذى توجد فيه الإدارة

(١) د. جلال العدوى – ص ١٧٦ وما بعدها، د. عبد الودود يحيى ص ٣١٠، د. عبد المنعم البدراوى – ص ٤٣٠.

(٢) د. شمس الدين الوكيل، ص ١١٥، د. فتحى عبد الرحيم، ص ١٧٦ وما بعدها.

ثالثاً: حالة الشخص الاعتبارى:

من المعلوم بداهة أن حالة الشخص تتحدد بالعلاقة التى تربطه بأفراد الأسرة، والمركز الذى يشغله فيها (الحالة المدنية أو العائلية)، وبالمركز الذى يشغله في الدولة (الحالة السياسية).

ومن الطبيعى ألا يكون للشخص المعنوى حالة مدنية لاستحالة أن تكون له أسرة، ومن ثم تقتصر الحالة على الحالة السياسية.

فللشخص الاعتبارى جنسية تربطه بدولة ما، وله بمقتضى تلك الرابطة جنسية ومن المهم معرفة جنسية الشخص المعنوى لتحديد القانون الذى يحكمه، وتستند الدول عادة في فرض جنسيتها على الأشخاص الاعتبارية إلى عنصر التأسيس فتثبت للشخص المعنوى جنسية البلد الذى تأسس فيه وطبقاً لقانونه[2].

وقد نص القانون المصرى على أن النظام القانونى للأشخاص لاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، تسرى عليه قانون الدولة، التى اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها لرئيسى الفعلى (مادة ٢/١١ مدنى)، وتضيف تلك المادة: ولكن إذا كانت هذه الأشخاص يتركز نشاطها الرئيسى في مصر، فإن القانون

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٤٣٠ وما بعدها، د. عبد الودود يحيى – ص ٣١٠، د.عبد الحى حجازى – ص ١٧٦، د. جلال العدوى – ص ١٧٨، د. منصور مصطفى منصور – ٢١٣ وما بعدها.

(٢) وهو ما يقابل عنصر الميلاد على اقليم الدولة بالنسبة للأشخاص الطبيعيين.

المصرى هو الذى يحكمها ورغم وجود مركز إدارتها في الخارج[1].

المبحث الثالث

أهلية الشخص المعنوى وأنواعه

وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نبين في أولهما: أهلية الشخص المعنوى وفي ثانيهما: أنواعه.

المطلب الأول

أهلية الشخص المعنوى

من المعروف أن مناط أهلية الأداء يتمثل في الإدارة والتمييز والشخص المعنوى لا يتوافر لديه هذا التمييز بحكم كونه خلقاً افتراضياً، ومن ثم فلا يتصور أن يباشر التصرفات القانونية إلا بواسطة من يمثلونه من أشخاص طبيعيين يقومون بالنيابة عنه ولحسابه بكل هذه التصرفات[2]، وقد يكون هذا النائب شخصاً واحداً كالمدير العام، أو مجموعة من الأشخاص كمجلس الإدارة.

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٤٣١، د. جلال العدوى – ص ١٧٧، د. أحمد سلامة – ص ٢٦٧.

(٢) د. البدرواى – ص ٤٣٢: وقد عبرت عن ذلك المادة (٣/٥٣ مدنى) بقولها: "أن الشخص الاعتبارى يكون له نائب يعبر عن ارادته، وراجع: د. عبد الحى حجازى – ص ١٧٤، حيث يقرر أن الشخص الاعتبارى يمكن أن يكون صاحب حق ملكية أو ارتفاق وأن يكون صاحب حق انتفاع، وحق رهن رسمى وحق رهن حيازى، إلا أنه لا يصلح أن يكون صاحب حق سكنى، أو حق استعمال، لأن ذلك من خصائص الشخص الطبيعى، كما أن له الحق في الاسم، والحق في صون سمعته، فالأهلية تثبت له بحسب سند إنشائه أو بتقرير القانون.

والأشخاص الطبيعيون الذين يعملون باسم الشخص المعنوى لا تمثل علاقتهم به صلة نيابة، لأنهم أعضاؤه الذين يعمل بواسطتهم، فإرادتهم هى إرادة الشخص المعنوى، ولهذا يسمون: أعضاء الشخص المعنوى.

وصفة العضو التى تثبت لممثل الشخص المعنوى، لا تنشأ من عمل قانونى، كالوكالة أو الولاية، وإنما تثبت من بنيان الشخص المعنوى نفسه، فالعضو ليس شيئاً منفصلاً عن الشخص الاعتبارى، بل هو جزء منه يستخدمه في مباشرة الأعمال القانونية والأعمال المادية، التى تتفق مع تخصيصه، والداخلة في حدود ما يتمتع به من شخصية.

ويختلف العضو عن العمال والموظفين، في أن الأول يعتبر جزءاً متماً للشخص المعنوى، وأما العمال والموظفون، فانهم يؤدون الأعمال التى يكلفون بها من العضو لحساب الشخص المعنوى، وما يصدر من العضو يلزم الشخص المعنوى بالضرورة، أما التابع من العمال والموظفين، فلا يستطيع الزام الشركة بتصرفه إلا إذا كان قد فوض من قبل الشخص المعنوى أو أحد أعضائه وإذا صدر خطأ من أعضاء الشخص المعنوى يصيب الغير بضرر، كان الشخص المعنوى هو المسئول عنه بصفة شخصية ومباشرة لأن الفعل صدر منه هو[1].

---

(١) راجع في هذا المعنى: حكم النقض المدنى بتاريخ ١٩٤٨/٣/١١م، مجموعة عمر - جـ ٥ رقم ٢٧٨ - ص ٥٦٥، وراجع: د. عبد المنعم البدراوى - ص ٤٣٣، د. عبد الودود يحى - ص ٣١١، د. لبيب شنب - ص ١٩٥، د. جلال العدوى - ١٨٠ وما بعدها، حيث يكيف علاقة العضو بالشخص المعنوى على أساس أنها نيابة في حدود النشاط القانونى للشخص المعنوى، وفي نفس المعنى: د. نعمان جمعة - ص ٥١٨ - حيث ينتقد تشبيه أعضاء الشخص المعنوى بأعضاء الجسم لأنهم أشخاص لهم ارادتهم التى قد

المسئولية الجنائية للشخص الاعتبارى:

يرى معظم الشراح أن الشخص الاعتبارى لا يسأل جنائياً عما يقع من ممثليه أثناء قيامهم بعملهم لحسابه، لأن المسئولية الجنائية تستلزم الإرادة لدى المسئول والشخص الاعتبارى لا إرادة له، فيرتد أثر الفعل المجرم إلى الأعضاء، خاصة وان من العقوبات ما لا يمكن توقيعه على الشخص الاعتبارى كالحبس والسجن مثلاً[1].

ومع ذلك فهناك رأى يبالغ في وجود الشخص المعنوى ويعتبره وجوداً حقيقياً، يتميز به عن وجود المكونين له، ومن ثم يجوز القول بمساءلته جنائياً، ويتحدد العقاب بما يلائمة كالغرامة، ويمكن إنشاء عقوبات خاصة به كالحل والحرمان من المزايا أو بعض الحقوق.

وهذا الخلاف الفقهى لا يمكن أن يؤثر في القانون الوضعى فمن المقرر أن المسئولية في القانون الجنائي لا تقوم الا بنص ومن ثم يجب الاقتصار في مساءلة الشخص الاعتبارى على الحالات الخاصة التى ورد فيها نص، ويسأل عن الجريمة من يرتكبها من عماله وممثليه، وان كان من الجائز أن تمتد الآثار المالية للعقوبة إلى الشخص المعنوى، كالحكم بهدم بناء خارج عن خط التنظيم أو اغلاق محل، أو المصادرة[2].

تتعارض مع مصلحة الشخص المعنوى، وهو مجاز أو افتراض = =والأرجح اعتبارهم نوابا قانونيين عن الشخص المعنوى. وراجع: د. محمد شكرى سرور ص ٢٢٨.

(١) د. السعيد مصطفى السعيد - شرح قانون العقوبات (القسم العام) - ص ٣٤٨ وما بعدها.

(٢) د. عبد المنعم البدراوى - ص ٤٣٥، د. عبد الحيى حجازى - ص ١٧٦، د. محمد شكرى - ص ٢٢٩، وراجع في هذا الموضوع بصفة خاصة: بحث الدكتور عبد الوهاب البطراوى، الأساس الفكرى لمسئولية الشخص المعنوى، جامعة البصرة - = =كلية

ذمة الشخص المعنوي:

وطالما ثبتت الشخصية القانونية للشخص الاعتبارى، فإن ذلك يستتبع بالضرورة أن تكون له ذمة مالية، وهى تتمثل في مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات في الحاضر والمستقبل مما له قيمة مالية، وإذ تثبت للشخص المعنوى ذمة مالية بمجرد اكتسابه للشخصية القانونية[1].

وهذه الذمة المالية منفصلة ومتميزه عن ذمة الأفراد المكونين للشخص الاعتبارى، ومن ثم فلا يكون لدائنى هؤلاء الأفراد حق الرجوع على أموال الشخص الاعتبارى، ولا يكون لدائنى الشخص الاعتبارى - كقاعدة عامة - الرجوع على أموال الأفراد المكونين له، وتلك مزية كبرى، لأن ذلك الانفصال بين ذمة الشخص المعنوى وذمة أعضائه، من شأنه أن يهيئ له الاستقلال اللازم للسير في سبيل تحقيق ما أنشئ من أجله، ولهذا اجازت مقاضاة الشخص المعنوى، كما جاز له أن يقاضى، دون حاجة إلى مقاضاة كل عضو من أعضائه (مادة ٣/٥٣ جـ).

القانون - ١٩٩٢م، ص ٤٨ وما بعدها، وقد أخذ بتقرير المسئولية الجنائية للشخص الاعتبارى اتجاه القوانين: الايطالي والعراقى والأردنى والانجليزى، ويلاحظ أن تلك التقنيات قد اقتصرت على توقيع الغرامة أو المصادرة فقط راجع المادة (٢٤ عقوبات أردنى)، وعكس ذلك: القوانين: الأمريكى والفرنسى والمصرى والجزائرى والتونسى والمراكشى، والسورى واللبنانى.

(١) د. عبد المنعم البدراوى - ص ٤٣٥، د. نعمان جمعة ص ٥١٨ وما بعدها، د. منصور مصطفى منصور - ص ٢١٩، د. جلال العدوى - ص ١٧٩، د. فتحى عبد الرحيم - ص ١٧٨ وما بعدها، د. عبد الودود يحيى - ص ٣١١، د. أحمد سلامة - ص ٢٧١ وما بعدها، د. عبد الحى حجازى - ص ١٧٣، د. توفيق فرج، محمد يحيى مطر - ص ٣٠٩.

المطلب الثانى

أنواع الشخص المعنوى

أورد القانون المدنى المصرى في المادة (٥٢) تعداداً للأشخاص الاعتبارية، وحصرها في: "١- الدولة وكذلك المديريات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية.

٢- الهيئات والطوائف الدينية التى تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية.

٣- الأوقاف.

٤- الشركات التجارية والمدنية.

٥- الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً لأحكام القانون التى ستأتى فيما بعد.

٦- كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص في القانون".

ويبدو من هذا النص أنه يشمل: الأشخاص الاعتبارية العامة، والأشخاص الاعتبارية الخاصة، والأشخاص الاعتبارية العامة التى وردت في النص هى:

١- الدولة والمحافظات والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون.

٢- الإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى منحها القانون شخصية اعتبارية، وهذه الأشخاص تخضع في تنظيمها وبيان أغراضها لقواعد القانون العام بفرعيه الدستورى والإدارى.

ويلحق بهذه المجموعة، الهيئات والطوائف الدينية التى تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية، فهذه تعتبر أيضاً من أشخاص القانون العام[1].

الأشخاص المعنوية في القانون الخاص:

وإذا استبعدنا من نطاق المادة (٥٢ مدنى) الأشخاص الاعتبارية، التى تدخل في نطاق القانون العام يتبين لنا أن الأشخاص الاعتبارية التى تدخل في نطاق القانون الخاص هى: الأوقاف والشركات المدنية والتجارية، والجمعيات والمؤسسات.

وقد جرى الفقه عادة إلى تقسيمها إلى جماعات الأشخاص وتتكون من الشركات والجمعيات، ومجموعات الأموال، وتشمل المؤسسات والأوقاف.

الفرع الأول

جماعات الأشخاص

وجماعات الأشخاص تشمل كما رأينا الشركات والجمعيات:

أولاً: الشركات:

الشركات جمع شركة، وهى عقد يلتزم بموجبه شخصان أو أكثر بالمساهمة في مشروع مالى عن طريق تقديم حصة من مال أو عمل، وذلك بقصد اقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة.

---

(١) د. عبد الودود يحيى – ص ٢٩٣ وما بعدها.

وعقد الشركة يجب أن يكون مكتوباً[1] وهذا العقد يترتب عليه في الغالب من الحالات نشوء شخص معنوى هو شخص الشركة إلى جانب الأشخاص المكونين لها.

ويبدو من هذا التعريف أن للشركة ثلاثة عناصر:

أولها: أن يوجد شخصان فأكثر، ومع ذلك فان القانون قد يستلزم بالنسبة لبعض الشركات حداً أدنى لا يقل عنه عدد الشركاء، كما هو الشأن بالنسبة لشركات المساهمة في مصر، حيث يلزم ألا يقل عدد المؤسسين فيها عن سبعة[2].

ثانيها: كما يلزم أن يتعهد كل شريك بتقديم نصيب يسمى حصة لتكوين الشركة وهذه الحصص قد تكون مبلغاً من النقود أو حصصاً عينية، عقارات كانت أو منقولات. وقد تكون مجرد عمل يقدمه الشريك، ويتكون رأس مال الشركة من الحصص النقدية والعينية فقط.

ثالثها: والغرض من إنشاء الشركة هو تحقيق الأرباح، وهذا ما يميز الشركة عن الجمعية كما يجب أن يساهم الشركاء جميعاً في الأرباح والخسائر.

---

(١) د. عبد الودود يحيى – ص ٢٩٤، د. توفيق فرج، محمد يحيى مطر – ص ٣١١، د.نعمان جمعة – ص ٥٢١ وما بعدها، د. جلال العدوى – ص ١٨٢ وما بعدها، د.عبد الحى حجازى – ص ١٨٥.

(٢) د. توفيق فرج ومحمد يحيى مطر – ص ٣١٢.

الشخصية المعنوية للشركة:

والشركة تعتبر شخصاً معنوياً مستقلاً عن الأشخاص المكونين لها، وتثبت الشخصية المعنوية للشركات جميعاً، سواء كانت شركات مدنية أم تجارية، عدا شركات الأشخاص التى لا تقتصر مسئولية المكونين لها على ديون الشركة، وإنما يتعدى إلى ذمم الأفراد، وذلك مثل شركة التضامن، وشركة التوصية حيث يكون الشركاء فيها مسئولين عن التزامات الشركة مسئولية غير محدودة برأسمال الشركة، وإنما تتعدى إلى سائر أموالهم الخاصة وبالتالى فليس هناك فصل بين ذمة الشركة، وذمة الشركاء[1]، وذلك مثل شركة المحاصة التى تتميز بأنها شركة

---

(١) راجع: د. عبد المنعم البدراوى - ص ٧٠٩، د. نعمان جمعة - ص ٥٢٣، وكذلك يقرر الدكتور عبد الحي حجازى ص ١٨٥: أننا إذا صرفنا النظر عن نصوص القانون من حيث اعترافه بالشخصية المعنوية للشركة بصفة عامة، واحتكمنا إلى الأحكام العامة، والشخصية المعنوية، لانتهينا إلى وجوب عدم جواز اعتبار الشركات المدنية، وبعض الشركات التجارية أشخاصاً معنوية، لأن الشخصية المعنوية تقتضى في الأصل انفصالاً بيناً كاملاً مطلقاً بين حقوق وواجبات، وبالتالى الفصل بين ذمة الشخص المعنوى وذمة الأشخاص المكونين له بحيث لا يسأل عن ديون الشخص المعنوى إلا الشخص المعنوى نفسه، وذلك ما لا يصدق على شركة التضامن والتوصية بنوعيها حيث لا نجد في تلك الصور من الشركات انفصالاً بيناً مطلقاً بين حقوق وواجبات الشخص المعنوى، وحقوق وواجبات الأشخاص المكونين له. لأنهم لا يسألون عن ديون الشركة في حدود ذمتها وإنما تنضم ذمتها إلى ذمتهم، والانفصال الكامل موجود في شركات المساهمة التجارية..

وراجع: د. توفيق فرج، محمد يحيى مطر - ص ٣١٢، وقد نصت المادة (د ٤ تجارى لبنانى) على أن: "جميع الشركات التجارية ما عدا شركة المحاصة تتمتع بالشخصية المعنوية، وراجع: في عدم ثبوت الشخصية المعنوية لشركات المحاصة"، د. محسن شفيق - الوسيط في القانون التجارى ١٩٥٧ - جـ ١ - ص ٢٤٦ فقرة ٢٧٧، د. ثروت عبد الرحيم - القانون التجارى المصرى ١٩٧٨م - جـ ١ ص ٣٠٣، حيث ذكر أن شركة المحاصة مستثناة من اكتساب الشخصية المعنوية، وأشكال أخرى من الشركات ربط المشرع اكتسابها الشخصية المعنوية بإجراءات - قانونية ولم يرتبها على مجرد ابرام عقد

خفية مستترة، ليس لها وجود ظاهر بالنسبة إلى الغير، ووجودها مقتصر على الشركاء فيها، وقد نصت المادة (٦٠ تجارى) على أن شركات المحاصة تختص بعمل واحد أو أكثر من الأعمال التجارية، ومن المقرر فقهاً وقضاءً أن ذلك ليس هو الوصف المميز لها، وإنما يميزها عن غيرها من الشركات كونها شركة مستترة لا عنوان لها، ولا وجود لها أمام الغير، والأعمال التى يقوم بها أحد الشركاء فيها تكون باسمه خاصة، ويكون وحده المسئول عنها في مواجهة من تعامل معه، ولذلك كانت تسمى بالشركة المجهولة، ولهذا لم يذكر المشرع ضمن الشركات التجارية في المادة (١٩ تجارى) التى عددت أنواع الشركات[1].

أنواع الشركات:

والشركات نوعان: شركات تجارية، وشركات مدنية.

الشركة، وفقاً للشكل الذى رسمه القانون، مثل شركات الاكتتاب العام المغلق، أى التى لا تطرح أسهمها للاكتتاب حيث لا يجوز أن تبدأ أعمالها إلا بعد قيدها في السجل التجارى ونشر المحرر الرسمى وتأسيسها في نشرة التجارة (مادة ٥ قانون ١٩٥٢/٢٦) وكذلك الشركات ذات المسئولية المحدودة لا تكتسب الشخصية المعنوية إلا بعد قيدها في السجل التجارى (مادة ١٩٥ مدنى).

(١) راجع في تفصيل هذا الموضوع: أستاذنا الدكتور: ثروت عبد الرحيم – المرجع السابق – ص ٣٧٩ هامش (١)، (٢) والمراجع والأحكام القضائية المشار إليها فيه.
د. محسن محمد شفيق – السابق – ص ٣٢٤ وما بعدها حيث عرفها بأنها: شركة تنعقد بين شخصين أو أكثر للقيام بعمل واحد أو سلسلة من أعمال يؤديها أحد الشركاء باسمه على أن يقتسم الربح والخسارة بينه وبين باقى الشركاء.

والشركات المدنية هي التي لا تقوم بأعمال تجارية، وذلك مثل الشركات التي تقوم بشراء الأراضي وبيعها بعد تقسيمها واصلاحها حيث لا يعتبر القانون المضاربة على العقارات أعمالاً تجارية[1].

أما الشركات التجارية، فهي التي تقوم بأعمال تجارية كعمليات الشراء لأجل البيع أو عمليات البنوك، أو النقل أو الصناعة وتتخذ الشركات أشكالاً متعددة، وهي تنقسم بصفة عامة بحسب الرابطة التي تربط بين الشركاء إلى قسمين رئيسين: شركات أشخاص وشركات أموال، وشركات الأشخاص تقوم على الاعتبار الشخصي المتمثل في الثقة المتبادلة بين الشركاء وهذه تنقسم إلى شركة تضامن، وشركة توصية بسيطة، أما شركات الأموال فهي تقوم على الاعتبار المالي، أي مجموع أموال على هيئة حصص لا يكون أشخاص الشركاء فيها محل اعتبار مثل شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم[2].

ويأخذ حكم الشركات في استحقاق الشخصية المعنوية المشروعات العامة التي تقوم بها الدولة، وتتخذ شكل مؤسسات عامة تجارية، أو شكل شركات مساهمة عامة تمتلك الدولة جميع أسهمها، كما أن الدولة قد تشترك في رؤوس الأموال الخاصة وذلك في حالة ما يسمى بشركات الاقتصاد المختلط[3].

---

(1) د. توفيق فرج ومحمد يحيى مطر – ص ٣١٣.

(2) د. منصور مصطفى منصور – ص ٢٢٢ وما بعدها، د. نعمان جمعة ص ٤٢٣.

(3) د. توفيق فرج، ومحمد يحيى مطر – ص ٣١٣ وما بعدها.

ثانياً: الجمعيات:

ومفهوم الجمعية يطلق على كل جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة، وهذه تتألف من أشخاص طبيعية أو اعتبارية لغرض غير الحصول على ربح مادى.

ومن خلال هذا التعريف يبدو أن للجمعيات خصائص فهى:

أولاً: تتكون من جماعة من الأشخاص.

ثانياً: وهى ذات تنظيم مستمر، ولا يلزم أن يكون مؤبداً، فقد يكون لمدة معينة، كما قد يكون لمدة غير معينة.

ثالثاً: ويجب أن يكون للجمعية، غرض ويتحدد هذا الغرض بعدم الحصول على ربح مادى، وأن يكون مشروعاً، ولا يهم بعد مشروعية غرض الشركة، أن تكون جمعية خيرية أو علمية أو ثقافية أو اجتماعية أو رياضية، كالنوادى المختلفة، أو مهنية للدفاع عن مصالح أبناء المهنة الواحدة مثل نقابة العمال، ونقابة المحاماة، ونقابة المهن الطبية[1].

بدء الشخصية الاعتبارية للجمعية:

وشخصية الجمعية تبدأ إذا ما توافرت الشروط التى يستلزمها القانون في هذا الصدد ويستلزم القانون أن يوضع نظام مكتوب موقع عليه من المؤسسين، ويجب أن يشمل هذا النظام بيانات معينة نصت

---

(١) المرجع السابق – ص ٣١٤، وفي مصر ينظم الجمعيات القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ الذى حل محل القانون رقم ٣٨٤ لسنة ١٩٥٦، وراجع: د. عبد الودود يحيى – ص ١٧٧ وما بعدها. د. منصور مصطفى منصور – ص ٢٢٤ وما بعدها.

عليها المادة (٣٤١) من قانون الجمعيات في مصر[١].

وإذا ما تكونت الجمعية ووجد لها نظام مكتوب مستوف للشروط والبيانات اللازمة، فانها لا تكتسب الشخصية المعنوية، إلا إذا أشهر نظامها، وفقاً لأحكام القانون، ويكون شهر نظام الجمعية بمجرد قيده في السجل المعد لذلك، وبمجرد القيد تكتسب الشخصية المعنوية، وينشر ملخص القيد في الجريدة الرسمية بغير مقابل (مادة ٩ من قانون الجمعيات المصرى)[٢].

إنتهاء شخصية الجمعية:

وتنتهى شخصية الجمعية بالحل الاختيارى أو الجبرى:

والحل الاختيارى يكون بموافقة ثلثى الأعضاء الذين تتكون منهم الجمعية على الحل (مادة ٤٢)، ويشترط أن يكون اقتراح الحل مدرجاً في جدول أعمال الجمعية العمومية (مادة ٣٧).

وأما الحل الاجبارى فيكون بقرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية، بعد أخذ رأى الاتحاد المتخصص إذا ثبت عجز الجمعية

(١) ومن هذه البيانات: اسم الجمعية والغرض منها، ومركز إدارتها على أن يكون داخل مصر، واسم كل من الأعضاء المؤسسين ولقبه وسنه وجنسيته ومهنته وموطنه، وموارد الجمعية وكيفية استغلالها والهيئات التى تمثل الجمعية، واختصاص كل منها وتعيين الأعضاء الذين تتكون منهم وطرق عزلهم، وحقوق الأعضاء وواجباتهم، وطرق المراقبة المالية، وكيفية تعديل نظام الجمعية وأدماجها وتقسيمها، أو تكوين فروع لها وقواعد حل الجمعية، والجهة التى تؤول إليها أموالها.

(٢) د. منصور مصطفى منصور – ص ٢٢٧، د. أحمد سلامة – ص ٢٥٤ وما بعدها، د.نعمان جمعة – ص ٥٢٤ وما بعدها، د. عبد المنعم البدراوى – المدخل للعلوم القانونية – ص ٧١٣، د. عبد الودود يحيى – ص ٢٩٧ وما بعدها.

عن تحقيق أغراضها، أو تصرفت في أموالها على غير الوجه المحدد لها طبقاً لأغراضها أو إذا تعذر انعقاد جمعيتها العمومية عامين متتاليين، أو إذا ارتكبت مخالفة جسيمة للقانون أو خالفت النظام العام، ولكل ذى شأن أن يطعن في قرار الحل أمام محكمة القضاء الإدارى التى يجب عليها أن تفصل في الطعن على وجه الاستعجال (مادة ٥٧).

وإذا صدر قرار حل الجمعية، يحظر على أعضائها ومديرها وموظفيها مواصلة نشاطها أو التصرف في أموالها، ويحظر على أى شخص أن يشترك في نشاط الجمعية بعد نشر قرار حلها في الجريدة الرسمية (مادة ٥٨)[1].

الفرع الثانى

مجموعات الأموال

ويميز هذا النوع من الأشخاص الاعتبارية: أنه يتكون من مجموعة من المال، فلا يلزم لنشوئه وجود عدد من الأشخاص، والقانون يعترف بالشخصية الاعتبارية لنوعين من مجموعات الأموال هما: المؤسسات الخاصة والوقف.

أولاً: المؤسسات الخاصة.

تنص المادة (٧٠ من قانون الجمعيات والمؤسسات رقم ٢٢ لسنة ١٩٦٤) على أنه: "تنشأ المؤسسة بتخصيص مال مدة غير معينة لعمل ذى صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية، أو لأى عمل

(١) د. عبد الودود يحيى – ص ٣٠٤.

من أعمال البر أو الرعاية الاجتماعية أو النفع العام، دون قصد إلى ربح مادى".

وبناء على هذا التعريف يجب أن يتوافر ركنان لقيام المؤسسة:

الأول: تخصيص مجموعة من الأموال، وبهذا تختلف المؤسسة الخاصة عن الجمعية التى هى عبارة عن مجموعة من الأشخاص.

الثانى: يجب أن يكون الغرض الذى رصد المال لتحقيقه ذا صفة إنسانية أو علمية أو دينية أو فنية أو رياضية وأن يكون من أعمال النفع العام وأعمال البر دون قصد إلى ربح مادي[1].

تكوين المؤسسة:

وقد استلزم القانون المصرى لنشأه المؤسسة، وجود سند رسمى، أو وصية، ويجب أن يشتمل السند على بيانات معينة نص عليها القانون[2]. وإلى جانب تلك البيانات نص القانون على أنه يجب أن يشتمل السند أو الوصية على البيانات الأخرى التى يصدر بتعيينها قرار من الجهة الإدارية.

ويعتبر إنشاء المؤسسة من أعمال التبرع، فهو بمثابة هبة، أو وصية، بالنسبة إلى دائنى المنشئ او ورثته، ولهذا إذا أصابهم ضرر

---

(١) د. عبد الودود يحيى – ص ٣٠٥، د. توفيق فرج ومحمد يحيى مطر – ص ٣١٥.

(٢) أطلعت بيان هذه البيانات المادة (٧٠ من القانون ٢٢ لسنة ١٩٦٤)، وتتمثل في اسم المؤسسة، وميدان نشاطها ونطاق عملها الجغرافى ومركز إدارتها على أن يكون في مصر والغرض الذى أنشئت من أجله المؤسسة، وبيان الأموال المخصصة لهذا الغرض، ونظام إدارة المؤسسة بما فيها اسم مديرها، ولا تثبت الشخصية الاعتبارية للمؤسسة إلا إذا تم شهرها (مادة ٧٣) كما أن للدولة الحق في الرقابة على المؤسسات (مادة ٧٥).

من إنشائها يجوز لهم مباشرة الدعاوى التى يقررها القانون في مثل تلك الحالة بالنسبة للهبات والوصايا[1].

إنتهاء شخصية المؤسسة:

وتنتهى شخصية المؤسسة بالحل الإجبارى بقرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية لنفس الأسباب الواردة لحل الجمعيات، وقد نصت المادة (٨١) على أنـه: يسرى على المؤسسات بأنواعها من حيث .. حلها ما يسرى على الجمعيات في هذا الشأن من أحكام.

وغنى عن البيان أنه لا يتصور حل المؤسسة اختيارياً، لأنها ليست جماعة من الأشخاص وإنما هى مجموعة من الأموال[2].

ثانياً: الوقف:

والوقف نظام إسلامي يخضع في توصيفه وأحكامه للشريعة الإسلامية، ويعرف الوقف بأنه: "حبس العين على حكم ملك الله تعالى، والتصدق فيه بالمنفعة"[3].

ولما كان الوقف يتضمن حبس للعين على حكم ملك الله تعالى فانه يخرج بها عن أن تكون مملوكة لأحد كما يجعل ريعها موجهاً إلى:

---

(١) د. توفيق فرج ومحمد يحيى مطر – ص ٣١٦، د. عبد الودود يحيى ض ٣٠٦٧ وما بعدها.

(٢) د. عبد الودود يحيى – ض ٣٠٧، د. عبد الحي حجازى ص ١٩٢، د. منصور مصطفى منصور – ص ٢٣٤ وما بعدها، د. أحمد سلامة ص ٢٥٩ وما بعدها، د. نعمان جمعة ص ٥٢٦ وما بعدها.

(٣) فتح القدير – جـ ٥ ص ٣٧، اللباب في شرح الكتاب – جـ ٢ ص ١٨٠، ومغنى المحتاج – جـ ٢ ص ٣٧٦، وكشاف القناع جـ ٤ ص ٢٦٧، والشرح الكبير جـ ٤ ص ٧٦، والفروق للقرافى جـ ٢ ص ١١١.

جهات البر في الحال أو المآل، ولهذا كان له شبه بالمؤسسات الخاصة، من ناحية أنه مجموعة من المال، ترصد لأعمال الخير، ولهذا كان له إذا تقرر شخصية معنوية مثله كمثل المؤسسات الخاصة، مع ذلك فقد نصت المادة (٨٢ من قانون الجمعيات) على أن: "الأحكام الخاصة بالمؤسسات الواردة في هذا القانون لا تسرى على ما أنشئ منها بطريق الوقف"، وسبب ذلك أن الوقف له قانون خاص ينظمه هو القانون رقم (٤٨١ لسنة ١٩٤٦)، كما نصت المادة (٣/٥٢ مدنى) على أن الأوقاف من الأشخاص الاعتبارية.

أنواع الوقف:

والوقف قد يكون خيرياً، وذلك إذا خصص الريع من البداية إلى جهة من جهات الخير كالفقراء والملاجئ والمستشفيات وطلاب العلم.

وقد يكون الوقف أهلياً، إذا استحق الريع للواقف نفسه أو لغيره من الأشخاص المعينين، ثم بعد ذلك لجهة من جهات الخير[1].

إنشاء الوقف:

وينشأ الوقف بمقتضى اشهار رسمى أمام المحكمة، ومتى نشأ فانه يتمتع بالشخصية الاعتبارية بحكم القانون (مادة ٣/٥٢ مدنى) أما في فقه الشريعة الإسلامية فقد اختلفت أقوال الباحثين حول مدى الاعتراف

---

(١) د. عبد الودود يحيى – ص ٣٠٨، د. عبد الحي حجازى ص ١٩٢ وما بعدها، د. وهبه الزحيلى – الفقه الإسلامي وأدلته جـ ٨ ص ١٦٠ وما بعدها، والوقف الأهلي يسمى بالوقف الذرى وقد ألغاه القانون المصرى (بالقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢) وبقى الوقف الخيرى جائزاً قانوناً. راجع د. عبد المنعم البدراوى – ص ٧٣١.

بالشخصية الاعتبارية فيه فأنكرها كثيرون[1]، وأن كنا نرى بجواز افتراض وجود الشخصية الاعتبارية للوقف على أساس أنه له ذمة، صحيح هذه الذمة ليست منوطة بمن يعقل الخطاب، وإنما في تلك الحالة يمكن أن تحل ذمة الناظر محل ذمة الوقف، ويكون مسئولاً عنه وجوباً على أساس فرض كفائى استحال إلى فرض عينى بالتعيين والتوظيف لنظارة الوقف. وبالتالى يكون لذمة الناظر نوعان من النشاط: نشاط شخصى يتعلق بحقوق وواجبات الشخص الخاصة أو الذاتية، ونشاط وظيفى يتعلق بحقوق وواجبات الوقف، وتنشأ أسبابها في ذمة الناظر على أساس مسئوليته عنه، خاصة وأن القول بوجود الشخصية الاعتبارية مجرد افتراض لتصحيح الأحكام المتعلقة بالوقف وهو في نظرنا افتراض صحيح لا تأباه الأحكام الشرعية مثله كمثل الذمة تماماً.

وذلك هو ما سارت عليه المحاكم فقد جرت على القول بأن الوقف يعتبر شخصاً اعتبارياً، وذلك [illegible] تفسر اعتبار ناظر الوقف نائباً عن جهة الوقف لا عن المستحقين، ولهذا فان الوقف تكون له ذمة تسأل عن ديونه، ولا يسأل عنها المستحقون[2].

إنتهاء الوقف:

يمكن أن ينتهى الوقف بانتهاء المدة المعينة في سند إنشائه. [illegible] بانقراض الموقوف عليهم كما ينتهى الوقف أيضاً إذا تخربت أعيان

(١) د. عبد الحى حجازى – ص ١٩٢، د. عبد الودود يحيى ص ٣٠٨، د. عبد المنعم البدراوى – ص ٧٣٢.

(٢) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٧٣٢، د. عبد الودود يحيى – ص ٣٠٩.

الوقف كلها أو بعضها ولم يمكن تعميرها أو ابدالها، وقد نصت المواد (١٦ – ١٨ من القانون ٤٨ لسنة ١٩٥٨) على أسباب انتهاء الوقف، وإذا انتهى فانه يعود ملكاً للواقف ان كان حياً، وإلا فلمستحقه وقت الحكم بانتهائه[١].

---

(١) د. وهبة الزحيلي – السابق – ص ٢١٦ وما بعدها.

الفصل الثاني

محل الحق ومصادره واثباته

وفيه ثلاثة مباحث نخصص أولها: لبيان محل الحق، ونخصص ثانيها: لبيان مصادر الحق، وثالثها: لاثبات الحق.

المبحث الأول

محـــل الحـــق

والمراد بمحل الحق: الموضوع الذى يرد عليه الحق، وهو بالنسبة للحق الشخصى يتمثل في عمل يقوم به المدين، أو امتناع عن عمل، وبالنسبة للحق العينى يتمثل في شيء من الأشياء المادية يباشر عليه صاحب الحق سلطة معينة تضيق أو تتسع بحسب مضمون الحق، وبهذا يمكن ارجاع محل الحق إلى نوعين هما: الأعمال، والأشياء، ونخصص لكل نوع منهما مطلباً.

المطلب الأول

الأعمـــــال

والعمل معناه يتمثل في نشاط يبذله الشخص بجسمه أو بعقله، وقد سبق أن رأينا أن محل الحق الشخصى هو دائماً عمل يقوم به المدين، وذلك بخلاف الحق العينى الذى يرد على شيء من الأشياء.

والعمل محل الحق الشخصى قد يكون عملاً إيجابياً كبناء منزل تعهد مقاول بإقامته، كما قد يكون عملاً سلبياً كالامتناع عن المنافسة، أو

الامتناع عن البناء في مكان معين، والأعمال التي يمكن أن تكون محلاً للحقوق الشخصية لا يمكن حصرها لأنها تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، فالإرادة حرة في أن تنشيء ما تشاء من الروابط القانونية التي تترتب عليها حقوق شخصية[1]، ولا يحد من سلطان الإرادة في هذا الا أن يكون العمل محل الحق الشخصي ممكنا، ومعيناً أو قابلاً للتعيين، ومشروعاً، وهذه تمثل شروط محل الحق الشخصي، ويحسن الاشارة إليها بالتفصيل المناسب:

أولاً: أن يكون العمل محل الحق الشخصي ممكناً، أى لا يكون مستحيلاً في ذاته، وقد نصت على ذلك المادة (١٣٢ مدنى) بقولها: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً، والاستحالة التى تمنع من قيام الالتزام هى الاستحالة المطلقة التى تقوم بالنسبة لجميع الأشخاص، حيث تجعل محل الالتزام في تلك الحالة معدوماً، وذلك مثل أن يتعهد محام برفع استئناف انقضى موعده، أو أن يتعهد طبيب بعلاج مريض استبان أنه قد مات".

وأما الاستحالة النسبية، وهى التى تقوم بالنسبة لبعض الأشخاص دون البعض، مثل أن يتعهد من لا يعرف الطب بعلاج شخص، في مثل هذه الحالة لا تمنع الاستحالة من قيام الالتزام لأن العمل وإن كان مستحيلاً بالنسبة للمتعاقد إلا أنه ليس مستحيلاً بالنسبة لغيره، ومن ثم يمكن تعويض الدائن عن الضرر الذى يحدث بسبب عدم التنفيذ.

وبالنسبة لما إذا كان محل الالتزام نقل حق عينى، كما يحدث في عقد البيع، فإن الشيء الذى يرد عليه الحق العينى يجب أن يكون

(١) د. عبد الودود يحيى – ص ٣٢٤، د. عبد المنعم البدراوى ص ٧٣٤.

موجوداً أو قابلاً للوجود، وإلا فان الحق لن ينشأ، كما لـو تعهد شـخص بنقل ملكية سفينة قد غرقت قبل العقد.

ويكفي أن يكون محل الحق قـابلاً للوجـود وأن لـم يكـن موجـوداً، كبيع التاجر كمية مما سينتجه مصنعه[1]، وإن كان بيع المعدوم محرمـاً في الشريعة الإسلامية لقول النبى صلى الله عليه وسلم: "لا تبع ما ليـس عندك"، ولأن ما ليس عند الإنسان يعتبر من قبيل الغرر، وهو حرام.

ثانياً: كذلك يشترط أن يكون العمل محل الحق الشخصى معيناً أو قـابلاً للتعيين، فإذا تعهد شخص بإقامة بناء، فانـه يجب أن يكون العمـل الذى سيقوم به معيناً عن طريق تحديد هذا البناء ببيان أوصافه، أو على الأقل يجب أن يكون العمـل قـابلاً للتعيين، كمـا لـو ذكـر أن البناء المطلوب اقامته مدرسة أو مستشفى مثلاً.

وإذا كان الشيء معينـاً بـالذات كسيارة أو قطعـة أرض فيجـب أن تعين السيارة بذكر أوصافها المختلفة كماركتهـا ولونهـا، وسـنة إنتاجهـا، وإذا كـان الشـيء قطعـة أرض فيجـب أن يبيـن مسـاحتها وحدودهـا، وموقعها.

وإذا كـان الشيء معينـاً بـالنوع فيجب أن يذكـر نوعــه ومقـداره، ودرجة جودته، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الجـودة فمعنـى ذلـك أنهما قد قبلا أن يكون الشيء من صنف متوسط.

ثالثـاً: كمـا يشترط أن يكون العمـل محـل الحق الشخصى مشــروعاً، ويعتبر العمل مشروعاً إذا كان لا يخالف النظام العام أو الآداب أو يتعارض مع مصلحة الجماعة، وذلك كتعهد شخص بعـدم ارتكـاب

---

(١) د. عبد الودود يحيى – ص ٣٢٥، د. عبد المنعم البدراوى – ص ٧٣٥.

جريمة مقابل مبلغ من المال، أوتعهده بارتكابها لقاء أجر أو التعهد بإقامة علاقة جنسية غير مشروعة لقاء مبلغ من المال[1].

المطلب الثانى

الأشياء (محل الحق العينى)

الأشياء جمع شيء والشـيء هو مـا يجـوز أن يكـون محـلاً للحـق العينى، ويقع خلط شائع بين المال والشـيء، والواقـع أن المـال هـو كـل حق مالى، سواء كان حقاً شخصياً أم كان حقاً عينياً[2]، فالمال أعم مـن الشيء، وربما كان من دواعى هذا الخلط هـو تلك العلاقـة القائمـة بيـن الشيء والمال، وهى علاقة البعض بالكل، وربما كان اطلاق المال على الشيء من باب اطلاق الكل وارادة البعض، وهو من التعبيرات الـواردة بلاغياً.

---

(١) د. عبد الودود يحيى – ص ٣٢٦، د. عبد المنعم البدراوى ص ٧٣٧، د. عبد الحي حجازى – ص ٣٢١ وما بعدها، د. منصـور مصطفى منصـور – ص ٢٤١، د. أحمد سلامة – ص ٢٧٣، د. فتحى عبد الله – ص ٢٣١ وما بعدها، د. محمد شكرى سـرور – ص ٢٧٣ وما بعدها، د. جميل الشرقاوى – ص ٣٩٤ وما بعدها، د. نعمان جمعة – ص ٥٢٩ وما بعدها، د. حلال العدوى – ص ٢٢١ وما بعدها، د. شمس الدين الوكيل – ص ١٥١ وما بعدها.

(٢) والمال في الشريعة، من الميل، وهو ما يميل إليه الطبع، وإصطلاحاً ما يملك من كـل شـيء ويشمل المال الشيء والمنفعة، والفقهاء متفقون على ماليـة الأشياء أما المنـافع فجمهـور الفقهاء ومتأخرو الحنفية يرون ماليتها، أما متقدموا الحنفية فيرون عـدم ماليـة المنافع لأن المال عندهم يتمثل فيما ينتفع بـه ويحاز، والمنافع لا يمكن حيازتهـا فـلا يصدق عليهـا وصف المال والراجح رأى الجمهور، راجع في هذا المعنى: حاشية ابن عابدين على الـدر المختار – جـ ٤ ص ٣، والأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٩٧، والبحر الرائق جـ ٢ ص ٢١٧، والموافقات للشـاطبى جـ ٢ ص ١٠، وشرح منتهى الارادات جـ ٢ ص ١٤، والمغنى جـ ٢ ص ٢١٧.

ولكننا في مجال الاصطلاح القانوني، يجب أن نتحر دقة التعبير، والشيء من هذا المفهوم المحدد، يعرف بأنه ما يصلح أن يكون محلاً للحق العينى[1].

تقسيمات الأشياء:

وقد جرى شراح القانون منذ القدم على تقسيمات الأشياء وتصنيفها إلى عدة تقسيمات منها: عامة وخاصة، قابلة للاستهلاك وغير قابلة لـه، مثلية وقيمية، ثابتة ومنقولة، ولكن قبل بيان تلك التقسيمات يجب التنبيه إلى أن هناك شرطاً عاماً يجب أن يتوافر في الأشياء لتكون محلاً للحق العينى، وهو أن يكون الشيء داخلاً في التعامل، ونبين ذلك.

الأشياء الداخلة في التعامل والخارجة عنه:

والأصل أن كل شيء يصح التعامل فيه يصلح لأن يكون محلاً للحقوق المالية، وقد نصت على ذلك المادة (١/٨١ مدنى) بقولها: "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية"، ومن هذا النص يبدو أن هناك أشياء تخرج بطبيعتها عن التعامل، وتتمثل في الأشياء التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها (مادة ٨١ مدنى)، وهى الأشياء المشتركة التى ينتفع بها الكافة كأشعة الشمس والماء والهواء، وعلة عدم قابلية تلك الأشياء للتعامل أنها تتأبى عن الاستئثار بها في مجموعها، ومع ذلك فإنه إذا أستأثر أحد بكمية من هذه الأشياء، فانها تصبح مملوكة له ملكية خاصة، ومن ثم تكون محلاً للتعامل، كالماء المعبأ، والهواء المضغوط.

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٧٣٨، د. عبد الودود يحيى ص ٣١٢.

وهناك أشياء قابلة للتعامل بطبيعتها، ولكن القانون حكم بخروج تلك الأشياء من دائرة التعامل وذلك لأسباب منها:

(١) أن هذه الأشياء قد رصدت للمنفعة العامة، والتعامل فيها ينافى هذا التخصيص، وقد نص القانون على أنه لا يجوز التصرف في الأشياء العامة أو الحجز عليها، أو تملكها بالتقادم (مادة ٨٧ مدنى).

(٢) أو لأن المنع من التعامل في تلك الأشياء مبنى على اعتبارات تتعلق بالنظام العام كما في المواد المخدرة، التى يتعلق المنع فيها باعتبارات تتعلق بالصالح العام للجماعة. وكذلك النقود المزيفة، وهذه تقابل الأشياء غير المتقومة في الفقه الإسلامي لأن التقوم معناه اباحة الشارع للتعامل في المال[١].

عرض تقسيمات الأشياء:

أولاً: الأشياء الثابتة (العقارية) والأشياء المنقولة:

من أهم تقسيمات الأشياء وأقدمها، هو تقسيمها إلى عقارات **ومنقولات:**

(١) العقارات:

والعقارات جمع عقار، والمراد به كل شيء ثابت بطبيعته ولا يمكن نقله من مكانه دون تلف، وقد نصت المادة (٨٢ مدنى) على أن:

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ٧٤٠، د. عبد الودود يحى – ص ٣١٣ وما بعدها، د.أحمد سلامة – ص ٢٧٥، د. منصور مصطفى منصور – ص ٢٤٢، د. جميل الشرقاوى – ص ٣٨٥، د. جلال العدوى – ص ٢١٠ وما بعدها.

"كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من مكانه دون تلف، فهو عقار، وكل ماعدا ذلك من الأشياء فهو منقول، ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص، المنقول الذى يضعه صاحبه في عقار يملكه رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله"، والنص يفيد أن هناك نوعين من العقارات هى العقارات بطبيعتها والعقارات بالتخصيص.

(أ) العقار بطبيعته:

يتمثل في كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف، وهذا التعريف ينطبق على الأراضى، وعلى كل ما يتصل بها من بنيان أو أشجار مادام لا يمكن نقله من مكانه دون تلف، يستوى في هذا أن تكون هذه المبانى قد أقيمت لتبقى بصفة دائمة أم أقيمت بصفة مؤقتة كأبنية المعارض، كما يستوى أن يكون من أقام المبانى مالكاً للأرض أم مستأجراً لها.

ولا يعتبر عقاراً: الأكشاك التى يمكن حلها وإقامتها في مكان آخر دون تلف ولا النباتات المزروعة في أوعية معدة للنقل.

ويعتبر عقاراً بطبيعته كل ما يتصل بالبناء من أشياء كالأبواب والشبابيك والمصاعد وصنابير المياة، ولو أن هذه الأشياء يمكن فصلها من البناء دون تلف، ووصف العقار يلحقها طالما هى مثبتة في البناء، فإذا انفصلت عنه صارت من المنقولات[1].

---

(١) د. عبد الودود يحيى - ص ٣١٤ وما بعدها، د. عبد المنعم البدراوى - ص ٧٥٣ وما بعدها، د. جلال العدوى - ص ٢١٥ وما بعدها، د. أحمد سلامة - ص ٢٧٩ وما بعدها، د. منصور مصطفى منصور - ص ٢٤٩ وما بعدها، د. عبد الحى حجازى ص ١٩٧ وما بعدها، د. نعمان جمعة - ص ٥٣٦ وما بعدها، د. عبد الناصر العطار - ص ٢٠٣ وما بعدها، د. توفيق فرج ومحمد يحيى مطر - ص ٣٢٤ وما بعدها.

(ب) العقارات بالتخصيص:

ووفقا لما تقضى به المادة (٨٢ مدنى في فقرتها الثانية): "يعتبر عقاراً بالتخصيص، المنقول الذى يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله".

وتستبين من هذا النص أن العقار بالتخصيص إنما هو منقول بحسب الأصل، ولكن الذى يخلع عليه صفة العقار، هو رصده لخدمة العقار أو استغلاله، وذلك كالمواشي والآلات التى تخصص لخدمة الأرض، ومفروشات الفنادق وآلات المصانع.

ولكن حتى يعتبر المنقول عقاراً بالتخصيص يجب توافر شرطين:

أولهما: اتحاد مالك العقار المنقول:

فيجب أن يكون العقار والمنقول مملوكين لشخص واحد، ومن ثم لا تعتبر عقارات بالتخصيص الآلات الزراعية المملوكة للمستأجر وحكمه ذلك أن المشرع قد تغيا باعتبار بعض المنقولات عقارات بالتخصيص، أن تلحق هذه المنقولات بالعقار عند التنفيذ على العقار أو التصرف فيه، وهذا القصد لا يتحقق، إلا إذا كان مالك العقار هو مالك المنقول المخصص لخدمته أو استغلاله[1].

---

(١) د. عبد الودود يحيى – ص ٣١٥، د. عبد المنعم البدراوى – ص ٧٥٧ وما بعدها، د.توفيق فرج ويحيى مطر – ص ٣٢٥، د. أحمد سلامة – ص ٢٨٠ وما بعدها، د.منصور مصطفى منصور – ص ٢٥٤ وما بعدها، د. محمد شكرى سرور – ص ٢٦٢ وما بعدها.

ثانياً: أن يكون المنقول مرصوداً لخدمة العقار أو استغلاله:

كما يجب أن يكون المنقول مخصصاً لخدمة العقار أو استغلاله من خلال رصده لذلك، وذلك كالآلات الزراعية وغيرها مما سبقت الاشارة إليه، ويضاف إلى ذلك السيارات المعدة لنقل منتجات المصنع، ولا يشترط أن يكون تخصيص المنقول لخدمة العقار ضرورياً بل يكفى، أن يكون في التخصيص فائدة للعقار ويصح أن يكون الرصد مؤقتاً لا دائماً[1].

الأحكام المتعلقة بالعقار بالتخصيص:

وقد توخى المشرع من خلال اعتبار بعض المنقولات عقاراً بالتخصيص، ضمان الاستغلال الحسن للعقار، ومن ثم فانه لا يجوز الحجز على تلك المنقولات منفصلة عن العقار الذى ألحق به، ولو لم يذكر ذلك في تنبيه نزع الملكية، وكذلك يتبع العقار بالتخصيص العقار الأصلى عند التصرف فيه بالبيع أو عند رهنه، وقد نصت المادة (١٠٣٦ مدنى) على أنه يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقاراً، ويشمل بوجه خاص، العقارات بالتخصيص".

واعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص مجرد أمر حكمى مقرر لمصلحة مالك العقار، وهو لا يتعلق بالنظام، ومن ثم [illegible] يجوز لمالك العقار الأصلى أن يتنازل عن الحماية التى قررها له القانون، ويترك

---

(١) د. عبد الودود يحيى – ص [illegible] د. منصور مصطفى منصور حيث يضيف شرطاً ثالثاً هو أن يكون التخصيص بواسطة المالك نفسه، د. أحمد سلامة – ص ٢٨٠، حيث يجعل هذا الشرط الثالث: أن يكون المنقول منقولاً بطبيعته، وفي نظرنا أن هذين الشرطين فيهما كفاية.

دائنه يحجز على المنقول منفصلاً عن العقار المضاف إليه، كما يستطيع المالك أن يزيل عن المنقول صفة العقار بإنهاء رصده على خدمة العقار الأصلي.

وإذا لم يعد العقار والمنقول مملوكين لشخص واحد، كما لو باع المالك المنقول المخصص لخدمة العقار، أو باع العقار دون المنقول المخصص لخدمته[1].

(٢) المنقولات:

والمنقولات هى كل ما يمكن نقله من مكانه دون تلف كالسيارات والمواشى وأساس المنزل، وهذه تسمى منقولات بطبيعتها، ولكن يوجد نوع آخر من المنقولات، هى المنقولات بحسب المآل، وهى في الواقع أشياء ثابتة ولكنها تعامل باعتبار مآلها.

(أ) المنقولات بطبيعتها:

وهي كل شيء يمكن نقله من مكانه دون تلف، وبشرط ألا يكون قد اكتسب صفة العقار بالتخصيص، ويستوى في ذلك الأشياء المادية، كالكتب والسيارات والملابس وأثاث المنزل، والأشياء المعنوية، كالاسم التجارى وأفكار المؤلفين والمخترعين، ذلك أن المادة (٨٢ مدنى) بعد أن عرفت العقار، أضافت: "وكل ماعدا ذلك فهو منقول"، ومنطقى أن يشمل ذلك الأشياء المادية، والأشياء المعنوية.

---

(١) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٧٦٤ وما بعدها، د. توفيق فرج ويحيى مطر – ص ٣٢٥، د. أحمد سلامة – ص ٢٨٤، د. منصور مصطفى منصور – السابق –، د. عبد الودود يحيى – ص ٣١٦، د. عبد الحى حجازى – ص ٢٠٠ وما بعدها.

(ب) المنقولات بحسب المآل:

وهذا النوع من المنقولات بحسب أصله أشياء ثابتة متصلة بالأرض، وتعتبر لهذا عقارات بطبيعتها، ولكن القانون نظر إليها نظرة مستقبلية تأخذ في اعتبارها ما ستؤول إليه تلك الأشياء، حيث ستصبح منقولات عما قريب مثل المبانى المعدة للهدم، والأشجار المراد قطعها، والثمار والمحصولات قبل حصدها فتلك كلها أشياء عقارية حالاً، منقولات مآلاً.

أثر اعتبار العقار منقولاً بحسب المآل:

ويترتب على اعتبار العقار منقولاً بحسب المآل، أنه إذا بيعت تلك المنقولات فانها تخضع لأحكام بيع المنقول، ولو حدث نزاع بشأنها ينعقد الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه، وليس المحكمة التى يوجد بدائرتها العقار، وتنتقل الملكية فيها من البائع للمشترى دون تسجيل العقد.

واعتبار الشيء منقولاً بحسب المآل يخضع لاتفاق الطرفين على ذلك، فلا يجوز للدائن أن يوقع الحجز على البناء مستقلاً عن الأرض باعتبار أنه سيكون أنقاضاً، لأن النظر إلى الأشياء باعتبار مآلها يخضع لاتفاق الطرفين، واستثناء من ذلك، يجوز الحجز على الثمار المتصلة والمزروعات القائمة قبل نضجها وذلك بشرط ألا يكون الحجر قبل نضجها بأكثر من خمسة وأربعين يوماً (مادة ٣٥٤ مرافعات)، ومفاد هذا النص اعتبار هذه الأشياء منقولات رغم اتصالها بالأرض اتصال

قرار، فأجاز الحجز عليها رغم أنها متصلة بالأرض[1]، وعموماً فإن كل أحكام المنقول هي التي تنطبق على الشيء الذي اعتبر منقولاً بحسب المآل[2].

شروط اعتبار الشيء منقولاً بحسب المآل:

وحتى تترتب تلك الآثار يجب أن يتوافر شرطان لاعتبار الشيء منقولاً بحسب المآل:

أولهما: أن تتجه الإرادة بالفعل إلى فصل الشيء عن الأرض، أي يجب أن يكون مصيره محتوماً بالانفصال عن الأرض، كما في حالة المباني المعدة للهدم، والأشجار المعدة للقطع.

ثانيهما: أن يكون هذا الانفصال وشيك الوقوع، أي قريب الحصول، ولا يكفي أن يكون الانفصال أمراً محتملاً، ولعل هذا هو السبب الذي حدا بالمشرع أن يجيز الحجز على الثمار والمحصولات والمزروعات حجز منقول.

وقد يلجأ بعض الأفراد إلى تعجل الاتفاق على اعتبار العقار منقولاً تحايلاً على اشتراط التسجيل في بيع العقار بقصد التهرب من رسومه، ولهذا يجب النظر إلى القصد الحقيقي، ولا يمكن أن يقال أن ذوي الشأن، قد اتجهوا إلى بيع العقار كمنقول إلا إذا قصدوا أن يتم فصله في

---

(١) د. عبد الودود يحيى – ص ٣١٨، د. عبد الحي حجازي – ص ٢٠٢، د. توفيق فرج يحيى مطر – ص ٣٢٦، د. نعمان جمعة – ص ٥٣٩ وما بعدها، د. أحمد سلامة – ص ٢٨٣ وما بعدها، د. منصور مصطفى منصور – ص ٢٥٩، د. محمد شكري سرور ص ٢٦٧.

(٢) د. عبد المنعم البدراوي – ص ٧٧٣.

وقت قريب[1].

آثار تقسيم الأشياء إلى عقار ومنقول:

وتظهر آثار التفرقة بين هذين النوعين من الأشياء وهما: العقار والمنقول من ناحية أن القانون لا يعاملهما معاملة سواء اما لاختلافهما من حيث القيمة، واما من حيث الاستقرار وعدمه:

(أ) اما اختلاف العقار والمنقول من حيث الاستقرار وعدمه:

فان ذلك يترتب عليه ما يلي:

(١) نظراً لاستقرار العقار يمكن شهر التصرفات الحاصلة بشأنه، ومن ثم أوجب القانون شهر تلك التصرفات، فوجدت مصلحة الشهر، حيث يستطيع من خلالها كل شخص أن يعرف حال العقارات، من حيث الحقوق والتكاليف المقررة عليها وكان سائغاً أن يعلق القانون نقل الملكية فيه على تسجيل التصرف الناقل للملكية.

ولما كانت المنقولات غير مستقرة، كان من المتعذر إنشاء نظام لشهر التصرفات الحاصلة فيها، فلم يكن بد من الاعتداد بالمبدأ القائل: أن الحيازة في المنقول سند الحائز، وترتب على ذلك أن مالك المنقول لا يستطيع استرداده من الحائز حسن النية حيث يحول دون غرضه المبدأ السابق، في حين يستطيع مالك العقار أن يسترده من واضع اليد ولو كان هذا الأخير حسن النية[2].

---

(١) المرجع نفسه – ص ٧٧٢.

(٢) د. عبد الحى حجازى – ص ٢٠٣.

(٢) أن جواز تملك المبيع بالشفعة أساسه دفع سوء الجوار، وسوء الجوار لا يتحقق إلا في العقارات لاستقرارها، وكانت الشفعة لا تجوز إلا في العقارات.

(٣) كذلك ترفع الدعاوى المتعلقة بحق عيني عقارى أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار أما بالنسبة للمنقولات، فان الدعاوى المتعلقة بها ترفع أمام محكمة موطن المدعى عليه(١).

(ب) اما اختلاف العقار والمنقول من حيث القيمة:

فمرد ذلك إلى الاعتقاد الذى كان سائداً، بأن الشيء المنقول، شيء تافه، وكان النظر إلى العقار على انه الشيء ذو القيمة المالية العالية، التى تدخل مجال الائتمان، ويرد عليها التأمينات العينية لقوتها المالية في نظر الناس وقد تغيرت هذه النظرة في الوقت الحالى، بعد أن زادت قيمة المنقولات زيادة هائلة كأثر للتقدم العلمى والتكنولوجى، حيث أصبحت الآلة الصغيرة التى لا تزيد عن حجم كف اليد تفوق أضعاف المرات ثمن العقار، ناهيك عما نراه من منقولات ذات قيم مالية عالية، كالطائرات والسفن، والآلات الحربية والأسلحة، وأدوات التجسس وأجهزة الكمبيوتر وغيرها، مما حدا بالفقه أن يغير تلك النظرة إلى العقار، وليكون للمنقول حظه من الاعتبار خاصة فيما يتعلق بمجال الائتمان، ولما كان ورود التأمين العيني على المنقولات مما يتعارض مع مبدأ الحيازة في المنقول سند الحائز، فقد ابتكر الفقهاء طرقاً وأساليب للخروج من هذا التعارض، وإضفاء نوع من الحماية لمالك المنقول إذا تداولته الأيدى، من خلال وجود نظام للتسجيل يختص

---

(١) المرجع نفسه، ود. توفيق فرج، يحيى مطر – ص ٣٢٧.

بالمنقول، وقد بدأ ذلك في فرنسا منذ الثلاثينات، بتسجيل انتقال ملكية السيارات، وتطور حتى أصبح يشمل جل أنواع المنقولات مما جعل التمايز الذى كان موجوداً بين العقار والمنقول يكاد يكون معدوماً[1]. علماً بأن بعض المنقولات لها طرق شهر خاصة كالطائرات والسفن والسيارات[2]، ومن المؤكد أن تقسيم الفقه الإسلامي للحقوق المالية إلى عين ودين مما يعالج هذا القصور باتفاق وتكامل يدل على سبق محمود في هذا المجال.

ومع ذلك فما زلنا نلمس فوارق بين العقار والمنقول مردها إلى اختلاف القيمة من خلال بعد النصوص التشريعية التى تظهر ذلك مثل:

(١) اختلاف إجراءات التنفيذ في العقار عنها في المنقولات: حيث إنها في العقار معقدة وتحتاج إلى زمن طويل مما يدل على أن العقار ما يزال أكثر أهمية في نظر الشارع.

(٢) أن دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن الفاحش (الذى يزيد على خمس الثمن) لا ترفع إلا إذا كان المبيع عقاراً مملوكاً لشخص لا تتوافر فيه الأهلية (مادة ١/١٤٥ مدنى).

(٣) لا يعتبر من الأعمال التجارية إلا الأعمال المتعلقة بمنقولات، أما الأعمال المتعلقة بالعقارات فتعتبر أعمالاً مدنية، وبذلك تخضع لأحكام القانون المدنى، وهى أحكام بطيئة وشديدة[3].

---

(١) في هذا المعنى: رسالتنا للدكتوراه، اولوية استيفاء الديون المشار إليها ص ٢٥٧ وما بعدها، وفي هذا المعنى: د. عبد الحى حجازى - ص ٢٠٣ وما بعدها.

(٢) د. عبد الحي حجازى - ص ٢٠٤.

(٣) د. عبد الحى حجازى - ص ٢٠٤، د. أحمد سلامة - ص ٣٨٧، وله أيضاً: الرهن الطليق للمنقول، طبعة جامعة عين شمس - ١٩٦٨م، ص ٧ وما بعدها.

ثانيا: الأشياء المثلية والأشياء القيمية

الأشياء المثلية هى التى يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء والتى تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس، أو الكيل أو الوزن، (مادة ٨٥ مدنى)، وقد عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية، بأنهاء الأشياء التى لا تتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد بـه وتسمى أيضاً بالأشياء المعينة، بنوعها حيث يكفى في تعيينها ذكر نوعها وعدد وحداتها وذلك كالبرتقال بالعدد، وكالمنسوجات بالمقاس، وكالزيوت بالوزن، وكالحبوب بالكيل.

أما الأشياء القيمية: أو الأشياء المعينة بالذات، فهى الأشياء التى لا يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء، وذلك لتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد بـه، وذلك كالعقارات وبيع حصان معين، وسيارة معينة[1].

أثر التفرقة بين المثلى والقيمى:

وتظهر آثار التفرقة بين المثلى والقيمى في عدة أحكام:

(١) من حيث الهلاك:

إذا هلك الشيء المثلى لا تبرأ ذمة المدين به، وعليه أن يقدم مثلـه، ولهذا يقال: إن المثليات لا تهلك، فلو التزم شخص بتسليم عشـرة أرادب قمح هندى، وهلكت عنده قبل تسليمها فانه يلتزم بتقديم غيرها مـن نفس النوع أو الصنف، أما لو التزم بتسليم شيء قيمى كحصان مثلاً، وهلـك، فان ذمة الشخص تبرأ لاستحالة التنفيذ، وعند الضمان يقدر بقيمته.

(١) د. عبدالودود يحيى - ص ٣٢٩، د. نعمان جمعة - ص ٥٤٤، د. عبد الحى حجازى - ص ٢٠٦ ومابعدها، د. توفيق فرج ومحمد يحيى مطر - ص ٣٢٢ وما بعدها، د.محمد شكرى سرور - ص ٢٦٨ وما بعدها.

(٢) من حيث انتقال الملكية.

في المنقول المعين بالذات (القيمى) تنتقل الملكية بمجرد التعاقد، أما في حالة المثلى، فان الملكية لا تنتقل بمجرد التعاقد، وإنما بالافراز.

(٣) من حيث الوفاء:

في حالة الأشياء القيمية لا يتم الوفاء إلا بذات الشيء ولا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ولو كان مساوياً له في القيمة، أما المثلى فان ذمة المدين تبرأ إذا قدم أى شيء من نفس النوع بالمقدار المحدد بالعقد.

(٤) من حيث المقاصة:

لا تقع المقاصة إلا بين دينين، موضوع كل منهما شيء مثلى بشرط الاتحاد في النوع والجودة، فاذا كان الشخص مديناً بنقود أو بشيء مثلى، كان له حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه، وما هو مستحق له قبل هذا الدائن من نقود مثليات من ذات النوع والجودة[١].

ثالثاً: الأشياء القابلة للاستهلاك وغير القابلة للاستهلاك:

والأشياء من حيث صلاحيتها للاستعمال تنقسم إلى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك، والأولى: هى التى لا ينتفع بها الا باستخدامها، أو هى التى ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها، أو انفاقها (مادة ٨٤/١ مدنى) والاستهلاك قد يكون مادياً،

(١) د. توفيق فرج ومحمد يحيى مطر – ص ٣٢٣ وما بعدها، د. نعمان جمعة – ص ٥٤٤ وما بعدها، د. عبد الحى حجازى – ص ٢٠٦ وما بعدها، د. عبد المنعم البدراوى – ص ٧٤٨ وما بعدها.

وقد يكون قانونياً:

ومن أمثلة الأشياء التى تستهلك استهلاكاً مادياً بمجرد استعمالها الأنواع المختلفة للطعام والوقود، وأما الاستهلاك القانونى فمثاله نقل ملكية الشيء، ومثاله انفاق النقود، وبيع البضائع المعروضة في المتاجر، حيث تعتبر من الأشياء القابلة للاستهلاك (مادة ٨٤ مدنى).

وأما الأشياء غير القابلة للاستهلاك: فهى التى يتكرر استعمالها دون أن تستهلك، وذلك كالمنازل والكتب والملابس، ولا عبرة بما يؤدى إليه استعمالها مع الزمن من نقص في متانتها والعبرة في اعتبار الشيء قابلاً أو غير قابل للاستهلاك هى طبيعته، ولكن الاتفاق قد يغير من تلك الطبيعة.

أثر تقسيم الأشياء إلى قابلة للاستهلاك وغير قابلة له:

ويترتب على تقسيم الأشياء إلى قابلة أو غير قابلة للاستهلاك آثار هى:

(١) الأشياء القابلة للاستهلاك، ترد عليها عقود معينة كالبيع والهبة ولا يرد عليها الايجار ولا العارية، بخلاف الأشياء غير القابلة للاستهلاك.

(٢) كذلك حق الانتفاع وحق السكنى، وهى حقوق عينية مقررة على مال الغير ولا يتصور أن يكون محلها إلا شيئاً لا يهلك بمجرد الاستعمال[1].

---

(١) د. عبد الودود يحيى – ص ٣٢١، د. توفيق فرج ومحمد يحيى مطر – ص٣٢١ وما بعدها، د. عبد المنعم البدراوى – ص ٧٤٤ وما بعدها، د. محمد شكرى سرور – ص ٢٦٩ وما بعدها.

رابعاً: الأشياء العامة والأشياء الخاصة:

والأشياء الخاصة: هى الأشياء التى يملكها أو يجوز أن يتملكها الأشخاص، وأما الأشياء العامة: فهى التى لا يجوز لأحد أن يستأثر بمنفعتها، لأنها مخصصة لمنفعة الجميع، وقد ثار جدل حول طبيعة حق الدولة والأشخاص المعنوية العامة على هذه الأشياء، ويبدو مما يفيده نص المادة (٨٧ مدنى) أنه حق ملكية مقيد بتخصيص هذه الأشياء للمنفعة العامة.

وقد جاء في نص تلك المادة أنه: "تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التى للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتى تكون مخصصة لمنفعة عامة بمقتضى قانون أو قرار من الوزير المختص".

ويستبين من هذا النص أنه لكى يعتبر الشيء عاماً يجب أن يتوافر شرطان:

أولهما: أن يكون الشيء مملوكاً للدولة، أو لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة.

ثانيهما: أن يكون الشيء مخصصاً لمنفعة عامة، يستوى في ذلك أن يكون الشيء عقاراً كالشوارع والترع والسكك الحديدية ومبانى دواوين الحكومة والمستشفيات التى تتولاها الدولة أم منقولاً، كالآثار الموجودة في المتاحف، والأدوات الموجودة في المدارس والجامعات والمستشفيات، ويكون تخصيص الشيء للمنفعة العامة إما بقانون أو مرسوم، وقد يكون بالفعل كما لو شقت الدولة مصرفاً أو شارعاً أو قامت ببناء كوبرى في أرض مملوكة لها[1].

---

(١) د. عبد الودود يحى – ص ٣٢٣.

وتختلف هذه الأشياء عن الأشياء التى تكون مملوكة للدولة ملكية خاصة كالأراضى الزراعية، أو ما يؤول إلى الدولة من أشياء عند وفاء صاحبها دون وارث[١].

آثار التفرقة بين الأشياء العامة والأشياء الخاصة:

وهناك آثار للتفرقة بين المال العام والمال الخاص يتمثل فيما يلى:

(١) فالشيىء العام لا يجوز التصرف فيه، وأن وقع هذا التصرف كان باطلاً بطلاناً مطلقاً والتصرف الممنوع هو الذى يتنافس مع تخصيص الشيء للمنفعة العامة، كبيعه أو إنشاء حق ارتفاق عليه يعطل أو يعوق استعماله في الغرض المخصص له، فإذا لم يكن كذلك يجوز التصرف مثل أن تقوم الدولة بالترخيص بالصيد في الأنهار والبحيرات العامة، ومثل قيام البلديات بالترخيص بشغل جزء من الطريق العام، مادام لا يعطل المرور فيه كما أن للدولة أن تؤجر بعض مبانيها كتأجير المقاصف في دور المصالح الحكومية، والتصرف في ثمار الأشياء العامة كثمار الأشجار المغروسة في الحدائق العامة ولا يجوز الحجز على الأموال العامة.

(٢) والشيء العام لا يمكن تملكه بالتقادم، فما دام الشيء مخصصاً للنفع العام ولم يبطل تخصيصه بقانون أو بقرار أو بالفعل فإن حيازة فرد له لا يمكن أن تؤدى إلى كسب الشيء بالتقادم، مهما مضت من مدة على هذه الحيازة[٢].

---

(١) المرجع نفسه – ص ٣٢٤، د. عبد المنعم البدراوى ص ٧٤ وما بعدها.

(٢) د. عبد المنعم البدراوى – ص ٧٤٣، د. عبد الودود يحيى ص ٣٢٤، د. فتحى عبد الرحيم – ص ٢٠٤ وما بعدها.

المبحث الثاني
مصادر الحق

يستند الحق في التشريع الوضعي إلى القانون، فكل حق مرده إليه، لأنه هو الذي ينظمه ويحميه والحق لا يقوم الا مستنداً إلى القانون، فالقانون هو مصدر كل الحقوق، ولئن كان القانون كذلك إلا أنه لا يعدو أن يكون المصدر البعيد لكل الحقوق، بمعنى أنه مصدر يرتب وجود الحق على سبب، وهذا السبب هو ما يمثل المصدر القريب للحق، والذي يعد بمثابة العلة التي يتوقف عليها وجوده، فالقانون قد يعتد بوقائع معينة فيرتب على تحققها وجود الحق، وهذه الأحداث قد تكون غير مكتسبة للإنسان، بمعنى أنها قد تكون بسبب حادث طبيعي وقد تكون من صنع الإنسان، وهذه الأخيرة قد تكون عبارة عن وقائع مادية تترتب عليها آثار قانونية، حتى ولو لم تتجه إرادة الإنسان إلى حصولها، وقد يرتب القانون الآثار على مجرد اتجاه إرادة الشخص إلى احداثها.

وفي كل تلك الحالات تعتبر الواقعة التي يرتب عليها القانون وجود الحق، سواء كانت واقعة طبيعية أم من فعل الإنسان بارادته أو بغير ارادته، تمثل وقائع قانونية بالمعنى العام لهذه العبارة، ولئن كانت الواقعة القانونية بمعناها العام – على نحو ما سبق – تمثل كل حدث يرتب عليه القانون أثراً، فإن الفقه قد اصطلح على تسمية الأحداث التي ليست من عمل الإنسان، والأعمال المادية التي من عمل الإنسان بالوقائع القانونية، أما التصرفات الإرادية التي يقوم بها الإنسان فتسمى

بالأعمال أو التصرفات القانونية، وبذلك يكاد الفقه يجمع

مصادر الحق يمكن ارجاعها إلى مصدرين رئيسيين هما: الواقعة القانونية والتصرف القانوني.

وفي نظرنا أن مصادر الحق يمكن إرجاعها إلى مصادر إرادية ومصادر غير إرادية، تلك التى درج الفقه على تسميتها بالواقعة القانونية، بينما آثر أن يطلق مسمى التصرف القانوني على المصادر الإرادية مقدراً أهمية التفرقة بينهما، والتى تتمثل فى اختصاص التصرفات القانونية ببعض القواعد التى تنفرد بها دون الواقعة القانونية، فقوام الأولى على الإرادة، ومن ثم فإنها تنفرد بكل القواعد التى تنظم قدرتها على ترتيب الآثار القانونية كما أن هناك تفرقة بينهما من حيث الاثبات ونحن – من منطلق الحرص على تسمية المعانى من خلال أسبابها القريبة، وأوصافها الصحيحة – سوف نقسم هذه المصادر إلى قسمين: مصادر غير إرادية، ومصادر إرادية، ونبين المراد بكل منهما في مطلب على حدة.

المطلب الأول
المصادر غير الإرادية للحق
(الواقعة القانونية)

والمصادر غير الإرادية للحق تتمثل في وقائع يرتب عليها القانون أثراً دون أن يكون لإرادة صاحبها دخل في حصولها، وهى ما تعرف في الفقه بالواقعة القانونية التى قد تكون من فعل غير الإنسان (واقعة طبيعية)، وقد تكون من عمل الإنسان.

أولاً: الواقعة الطبيعية:

هى الواقعة التى تحدث دون أن يكون للإنسان دخل في حصولها، وكثيراً ما تكون سبباً في ترتيب حق أو انقضائه، وذلك كمرور الزمن، والميلاد والوفاة وغيرها، فمرور الزمن يكسب الشخص حقاً عن طريق التملك بالتقادم، كما يجعل القاصر بالغاً يكون له حق مباشرة التصرفات القانونية، والميلاد حدث يترتب عليه حقوق كثيرة للمولود، منها ما يتعلق بشخصه كحقه في سلامة جسده وعدم الاعتداء عليه، وحقه في الحرية وحقوقه الأخرى الناشئة عن واقعة الميلاد، والوفاة واقعة طبيعية من فعل الله عز وجل، يترتب عليها انتقال المال من المتوفى إلى ورثته فيثبت لهم حق تملك المال بالميراث.

ومن الوقائع الطبيعية: الحوادث والزلازل والبراكين والحروب وهذه يترتب عليها إعفاء المدين من التزامه، إذا اتخذت شكل القوة القاهرة، ومن ثم لا يقتصر دور الوقائع الطبيعية على إنشاء نوع واحد من أنواع الحقوق، ولكنها تقوم بهذا الدور بالنسبة لجميع الحقوق عينية كانت أم شخصية[1]. وذلك كالوفاة تكسب الورثة ملكية التركة والاستيلاء على مال لا مالك له والالتصاق، والشفعة والحيازة[2].

---

(١) د. توفيق فرج ويحيى مطر – ص ٣٤٠، د. عبد المنعم البدراوى – ص ٧٨٢، د.محمد سامى مدكور – نظرية الحق ١٩٥٧ – ص ٢١٩، د. نعمان جمعة – ص ٥٦٤، د. عبد الناصر العطار – ص ٢٢٠، د. منصور مصطفى منصور – ص ٢٧٤، د. حسام الأهوانى – ص ٣٦٢، د. جميل الشرقاوى – ص ٤٠٨، د. عبد الودود يحيى – ص ٣٣٠.

(٢) د. نعمان جمعة – ص ٥٦٦ وما بعدها.

ثانياً: الوقائع المكتسبة للإنسان:

وهذا النوع من الواقعة القانونية وان كان مكتسبا للإنسان وناشئاً عن فعله، إلا أنه غير مراد له، ومع ذلك يرتب القانون على هذا الفعل أثراً بناء على ما تقضي به القواعد المقررة من إسناد الحكم لأولى الناس به، فالعبرة في تلك الوقائع بالحصول الفعلي أو المادي سواء قصدت نتائجها أم لم تقصد، وهذه الوقائع قد تكون مصدراً للحقوق العينية وللحقوق الشخصية.

وقد اختص القانون واقعتين ماديتين باعتبارهما من المصادر الهامة لحق الدائنين أو الالتزام وهما الفعل النافع والفعل الضار، وإلى جانب هاتين الواقعتين توجد وقائع أخرى يرتب القانون عليها نشوء الالتزام.

(١) بالنسبة للفعل النافع:

أو الإثراء بلا سبب، وفيه يثرى شخص على حساب آخر دون سبب قانوني، ولهذا فإن القانون يرتب لمن افتقر حقاً يستطيع بمقتضاه أن يرجع على من أثرى على حسابه، وفقاً لما تقضي به المادة (١٧٩ مدني)، وقد اهتم المشرع المصري في هذا الصدد بواقعتين نافعتين ووضع لهما أحكاماً مفصلة كأثرين لمبدأ الإثراء على حساب الغير، وهما دفع غير المستحق والفضالة.

(أ) ودفع غير المستحق: يقوم في كل حالة يتسلم فيها شخص معين شيئاً على أنه مستحق له، ولكنه ليس كذلك في حقيقة الأمر، وقد

نص القانون على أن كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده.

(ب) وأما الفضالة: فإنها تتمثل في تفضيل شخص بالقيام بشأن عاجل لمصلحة الغير في غيابه أو بدون علمه، كترميم منزل آيل للسقوط، ففي هذه الحالة يلتزم صاحب العمل، بتعويض الفضولي وهو الذي قام بالشأن العاجل، عما أنفقه من مال وما تكبده من خسارة في قيامه بهذا العمل[1].

(٢) وبالنسبة للفعل الضار:

فإن القانون يرتب عليه آثاره سواء تم عن قصد أو بدونه أي تم بإهمال، وغالباً ما يكون الفعل الضار عن غير قصد، ومع ذلك فانه في كل أحواله ينشئ في ذمة من وقع منه التزاماً بتعويض الضرر، والفعل الضار يعرف بالمسئولية التقصيرية التي تقوم على أركان ثلاثة: هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، فإذا ما توافرت تلك الأركان يصدق على الفعل وصف الفعل الضار، فمن يتلف مالاً لغيره عمداً أو خطأ يوقع به ضرراً، ويترتب على ذلك التزامه بالتعويض وفي تلك الحالة ينشأ للمضرور حق يصير به دائناً بمبلغ التعويض[2] يستوي أن يكون الضرر مادياً أو أدبياً[3] (مادة ١٦٣ مدني).

---

(١) د. نعمان جمعة - ص ٥٦٥ وما بعدها، د. توفيق فرج ويحيى مطر - ص ٣٤٢، د.جميل الشرقاوي - ص ٤١٠ وما بعدها.

(٢) د. توفيق فرج ويحيى مطر - المكان السابق.

(٣) د. نعمان جمعة - ص ٥٦٥، د. محمد لبيب شنب - ص ٢٣٢.

(٣) وبالنسبة للقانون:

القانون قد يكون واقعة ترتب في ذمة الشخص التزاماً دون أن يريده، ومثال ذلك حق الحصول على النفقة من بعض الأقارب، كالأب والزوج، فالقرابة هنا واقعة تنشيء الحق في النفقة، ومثلها واقعة الجوار، فهى ترتب للجار بعض الحقوق، كالحق في وضع الحدود للأملاك المتجاورة، وحق صاحب الأرض المحبوسة في المرور في أرض جاره للوصول إلى أرضه مقابل تعويض عادل.

المطلب الثانى
المصادر الإرادية للحق
(التصرف القانونى)

والتصرف القانون يتمثل في اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى معين، هو إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنقضائه وذلك كالبيع والايجار والوصية، ويتميز التصرف القانونى عن الواقعة القانونية، بأن الأثر الذى يترتب عليه إنما يأتى كثمرة لاتجاه الإرادة إليه، فمثلاً في عقد الإجارة تتجه إرادة المؤجر إلى تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مقابل أجرة معلومة، كما اتجهت إرادة المستأجر إلى تحصيل تلك المنفعة لقاء أجر، وهذه الآثار إنما حدثت نتيجة لاتجاه إرادة المتعاقدين إليها.

والتصرف القانونى قد يتم بتوافق إرادتين، كما في البيع والايجار وقد يتم بإرادة واحدة كما في الوصية والوقف، حيث يترتب الأثر القانونى على الإرادة وحدها.

القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة:

على أن مبدأ سلطان الإرادة ليس على اطلاقه، ولكن هذا الاطلاق يحده قيدان:

أولهما: القواعد القانونية الآمرة:

وفي نطاق تلك القواعد ينكمش سلطان الإرادة حتى ما يكون له من أثر، وقد زادت القواعد الآمرة في وقتنا الحاضر على أثر تدخل الدولة في تنظيم العلاقات بين الأفراد والنزوع نحو المذهب الاشتراكي (الغابر)، وكان لهذا التدخل أثره في كثير من المسائل كتحديد الأجور والأسعار، وتقرير الامتداد القانوني لعقد الايجار وفي كثير من القيود التي ترد في نطاق العقود[1].

ثانيهما: مبدأ الشكلية:

ويتمثل مبدأ الشكلية في أن القانون قد يشترط شكلاً معيناً لقيام التصرف في بعض الأحيان، وفي هذه الحالة لا يكفي أن ينعقد العقد بالإرادة، وإنما لابد من صياغة الإرادة في شكل معين، بحيث يعتبر ذلك الشكل ركناً في التصرف لا يتم إلا به، بالإضافة إلى قيام الإرادة مستوفية لشروطها والغالب في الشكل الذي يستلزمه القانون هو الكتابة التي قد تكون رسمية، كما هو الشأن في هبة العقار (مادة ٤٨٠ مدني)

=ص٤١٣ وما بعدها، د. شمس الدين الوكيل - ص ١٨٠ وما بعدها، د. عبد المنعم البدراوي - ص ٧٨٦ وما بعدها.

(١) د. عبد المنعم البدراوي - ص ٧٨٧، ود. توفيق فرج ومحمد يحيى مطر، المكان السابق.

وعلى خلاف الواقعة القانونية، وضعت نظرية علمة التصرف القانونى تبين الشروط اللازمة لتوافرها في الإرادة لكي تحدث أثرها القانوني، وتعين الأثر الذى يترتب على الإرادة مستوفية الشروط.

ولما كانت الإرادة هى قوام التصرف القانونى، حيث إنها تنشئه وتحدد أثره فإنها تتمتع في هذا الصدد بسلطان كبير في إنشاء الحقوق ونقلها وتغييرها وإنقضائها ولكن الإرادة لا تقدر على هذه الأعمال إلا إذا كانت صادرة عن ذى أهلية خالية مما يعيبها وبشرط أن يكون الدافع على إبرام التصرف مشروعاً وأن ترد على محل مشروع كذلك.

وهذا يقتضى الكلام أولاً: عن مبدأ سلطان الإرادة والقيود التى ترد عليه، وثانياً: عن الشروط التى يلزم توافرها حتى يكون التعبير عن الإرادة منتجاً لآثاره.

أولاً: مبدأ سلطان الإرادة:

ويراد به: أن الإرادة وحدها تكفى لإنشاء التصرف القانونى وأنها حرة في تعيين الآثار التى تترتب عليه، ومعنى ذلك أن الفرد يكون حراً في أن يتعاقد أو لا يتعاقد حسب إرادته كما أن له أن يناقش شروط التعاقد، وأن ينشئ من العقود والتصرفات ما شاء، كما أنه حر كذلك في كيفية التعبير عن إرادته.

ومن ناحية أخرى فإن الأفراد أحرار في تحديد الآثار التى تترتب على التصرف القانونى[1].

---

(١) د. توفيق فرج ومحمد يحيى مطر – ص ٣٤٤، د. عبد الودود يحيى – ص ٣٣٢، د.نعمان جمعة – ص ٥٥١ والمراجع المشار إليها منه، د. جميل الشرقاوى –

وقد تكون عرفية، كما هو الشأن بالنسبة لعقد الشركة المدنية (مادة ٥٠٧ مدنى)، وقد لا يكون الشكل هو الكتابة ولكن تسليم الشـيء محل التصرف، كما هو الشأن في هبة المنقول فلا تنعقد الهبة إلا بتسليم الموهوب المنقول(١).

الفرق بين الشكل والاثبات:

وإذا كانت الشكلية شرطاً لانعقاد العقد، بمعنى أنه إذا لم يفرغ العقد في الشكل الذى يحتمه القانون لا يترتب عليه أثر، ويكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا يغنى عن الشكل القانونى اقرار المتعاقدين بصدور العقد، وهذه الحالة تختلف عن استلزام الكتابة للاثبات، حيث لو تخلفت الأخيرة يقوم التصرف، بخلاف ما إذا كانت لازمة لانعقاده، وكل ما هنالك أنه قد يصعب اثباته لعدم وجود الدليل، ولكن ليس معنى عدم وجود الدليل، أن التصرف يكون غير موجود، أنه موجود ويمكن اثباته بطرق أخرى غير الكتابة - إذا تخلفت - وذلك عن طريق الاقرار أو اليمين(٢).

الشروط الواجب توافرها في الإرادة:

وحتى تكون الإرادة قادرة على احداث الأثر القانونى فإنه يجب أن تتوافر شروط تتعلق بوجودها، وشروط تتعلق بصحتها.

---

(١) د. توفيق فرج ويحيى مطر - ص ٣٤٥، د. عبد المنعم البدراوى - ص ٧٨٨، د.شمس الدين الوكيل - ص ١٨١.

(٢) د. عبد المنعم البدراوى - ص ٧٨٩، د. شمس الدين الوكيل - ص ١٨٣ وما بعدها، د. توفيق فرج ويحيى مطر - المكان السابق-، د. عبد الودود يحيى - ص ٣٣٦.

(١) شروط وجود الإرادة:

فيشترط أن تكون هناك إرادة موجودة، ووجود الإرادة يقتضى التعبير عنها في العالم الخارجى، فلابد أولاً: من وجود إرادة يعتد بها القانون، ومن ثم فإنه إذا لم يعترف القانون للشخص بإرادة يعتد بها، فإن هذا الشخص لا يستطيع أن يجرى أى تصرف من أى نوع، لأنه من المقرر أن انعدام الإرادة يعدم التصرف وذلك كما في حالة الصبى غير المميز والمجنون والمعتوه.

ولابد ثانياً: من التعبير عن الإرادة، فإذا ظلت الإرادة حبيسه في نفس صاحبها، فلن يترتب على احتباسها أثر، فيجب أن يعبر عنها في العالم الخارجى، والتعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً، أى يتم بألفاظ وعبارات صريحة ومباشرة تكشف بوضوح عن قصد من صدرت منه، وقد يكون ضمنياً يدل على المقصود بطريق مباشر، ولابد ثالثاً: أن يكون اتجاه الإرادة إلى تحقيق غرض مشروع، والغرض المشروع هو الذى لا يخالف النظام العام أو الآداب، ومن ثم فإذا ما حدثت مخالفة الإرادة لهما، فإن القانون لا يعتد بها في إنشاء التصرف القانونى[١].

(٢) شروط صحة الإرادة:

ويجب لصحة التصرف القانونى أن تكون الإرادة حرة سليمة خالية من العيوب، فإذا كانت الإرادة مشوبة بعيب من العيوب، كان

(١) د. عبد الودود يحيى – ص ٣٣٧، د. شمس الدين الوكيل – ص ١٨٤.

التصرف قابلاً للابطال لمصلحة من عيبت إرادته، وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال.

(أ) الغلط:

وهم يقوم في ذهن المتصرف فيصور له أمراً على غير حقيقته بحيث لو كان يعلم الحقيقة لما تصرف، ويشترط أن يكون الغلط جوهرياً، بأن يكون قد بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع المتعاقد معه عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط (مادة ١٢١/١ مدنى) كما يشترط أن يكون المتعاقدان مشتركان في الغلط، بأن يكون المتعاقد الآخر واقعاً فيه أو عالماً به[١].

(ب) التدليس:

عبارة عن غلط يقع فيه الشخص نتيجة استعمال حيل تولد عنها اعتقاد غير صحيح دفعه إلى التصرف، وهو يعيب الإرادة إذا كان هو الدافع لها، ويزيد التدليس عن الغلط أنه مصحوب بطرق احتيالية ويكون من السهل اثباته، لأن الطرق الاحتيالية تمثل وقائع ظاهرة، بينما الغلط أمر نفسى يصعب إقامة الدليل عليه، ويجب حتى يكون التدليس عيباً في الإرادة أن تكون الحيل المصاحبة له قد استعملت للوصول لغرض غير مشروع كما يجب أن تكون قد بلغت حداً من الجسامة بحيث لو كان الشخص يعلم بها لما تصرف.

(جـ) الاكراه:

والاكراه عيب في الإرادة يتمثل في ضغط غير مشروع يقع على إرادة الشخص فيحمله على التصرف، والاكراه قد يعدم الإرادة، كأن

---

(١) د. عبد الودود يحيى – ص ٣٣٨.

يمسك شخص بيد آخر ويجعله يوقع على محرر، وفي هذه الحالة تنعدم الإرادة.

أما الاكراه الذى يعتبر عيباً في الإرادة، فهو الذى لم يبلغ هذه الدرجة، ولكنه يجعل المرء بين أمرين إما أن يختار وقوع ما هدد به، أو يبرم التصرف القانونى الذى طلب منه فإذا اختار ابرام التصرف في ظل تلك الظروف تكون إرادته معيبة.

والاكراه قد يكون مادياً كالضرب، وقد يكون معنوياً كالتهديد باحراق منزل أو افشاء سر، أو التعدى على عرض، ويجب أن يكون الغرض من الإكراه غير مشروع، وأن يكون قد بعث في نفس المتصرف رهبة دفعته إلى التصرف. وأن تكون ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال، ومعيار التقدير هنا معيار شخصى، يراعى فيه جنس من وقع عليه الاكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية[1].

(د) الاستغلال:

وهو غبن يصيب المتصرف نتيجة انتهاز المتعاقد الآخر فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً، بحيث لم يكن ليصدر منه هذا التصرف على هذا الوجه لولا استغلال المتعاقد الآخر له، فيشترط ليكون الاستغلال عيباً في الإرادة: أن يقع غبن يتمثل في عدم التعادل بين قيمة ما أخذه

---

(١) المرجع السابق – ص ٣٣٩، وراجع: د. جميل الشرقاوى – ص ٤١٤ وما بعدها، د.عبد الناصر العطار – مبادئ القانون – ص ٢٣٨ وما بعدها، د. شمس الدين الوكيل – ص ١٨٤، د. فتحى عبد الرحيم عبد الله – ص ٢٥١، د. منصور مصطفى منصور – ص. ٢٦٩.

المتصرف وقيمة ما أعطاه، وأن يتم التصرف في حال الطيش البين والهوى الجامح من المتصرف، وأن يكون الطرف الآخر على علم بهذا ويستغله، كما لو لمس الزوج رغبة زوجته في الطلاق منه لتتزوج بآخر، واستغل موقفها هذا واشترى منها عقاراً بغبن فاحش، وكما لو استغلت زوجة شابة زوجها العجوز المتيم بها في شراء شيء منه بغبن فاحش ويكون التصرف قابلاً للابطال في تلك الحالات.

أقسام التصرف القانونى:

والتصرف القانونى ينقسم إلى عدة أقسام منها:

أولاً: التصرف المنشيء، والتصرف الناقل، والتصرف الكاشف:

(١) ***أما التصرف المنشيء***: فهو الذى يكسب الإنسان حقاً لم يكن موجوداً من قبل، كالزواج، يكسب الشخص حقوقاً لم تكن موجودة من قبل.

(٢) ***وأما التصرف الناقل***: فهو الذى ينقل حقاً كان موجوداً من قبل إلى شخص آخر، وذلك مثل البيع فانه ينقل الملكية من البائع للمشترى.

(٣) ***وأما التصرف الكاشف***: فهو الذى لا ينشئ حقاً، ولا ينقله ولكنه يكشف عن حق قائم بحالته التى هو عليها، كمن يقر بدين عليه، حيث يتضمن ذلك كشفاً عن حق قديم[١].

ثانياً: تصرف معاوضة. وتصرف تبرع:

---

(١) د. أحمد سلامة – المدخل لدراسة القانون ١٩٦٩ – ص ٣٤٦ وما بعدها، دار النهضة.

وفي تصرف المعارضة: يأخذ المتصرف مقابلاً لما يعطى، وذلك كالبيع، حيث يبذل البائع السلعة مقابل ثمن، أما التبرع فلا يأخذ المتصرف فيه مقابلاً لما بذل، وذلك كالهبة ، حيث يبذل الواهب الشيء الموهوب، دون مقابل.

ثالثاً: تصرف رضائي، وتصرف شكلي:

والأول: يوجد وينتج أثره بمجرد التراضي عليه، أياً كان الشكل الذى يتخذه هذا الرضا، وذلك مثل البيع والايجار والقرض، حيث يتم العقد فيها بمجرد توافق الايجاب مع القبول وأما الثاني: فهو الذى يتطلب افراغ ذلك الرضا في شكل معين إذا لم يتوافر لا ينعقد العقد، مثل الهبة (مادة ٤٨٨ مدني) وعقد الرهن الرسمي (مادة ١٠٣١ مدني) والشركة (مادة ٥٠٧ مدني)[1].

رابعاً: تصرف في حالة الحياة، وتصرف مضاف إلى ما بعد الموت:

والتصرف الأول: هو الذى ينتج أثره في حياة المتصرف، كالبيع والهبة، وأما الثاني: فانه يضاف إلى ما بعد الموت، فلا ينتج أثره إلا بعد وفاة المتصرف، وذلك كالوصية، فان ملكية الشيء الموصى به لا تنتقل إلا بعد وفاة الموصى.

خامساً: تصرّفات الحفظ، وتصرفات أعمال الإدارة:

(١) د. محمد لبيب شنب – ص ٢٣٦ وما بعدها.

والأولى: هي ... الضرورية التي تتم بقصد حماية الذمة المالية للشخص، أو حماية مال معين من أمواله من خطر داهم وذلك كقطع التقادم والجرد، وقيد الرهن، وأعمال الحفظ عاجلة وضرورية وغير خطرة، ولما كانت عاجلة فان المشرع قد سمح بالتوسع فيها، فأجاز لناقصي الأهلية أن يقوم بها لحماية أمواله، كما أوجبها على من يرعى أمواله كالوكيل أو الوصي وهي لا تمس أصل الحق[1].

وأعمال الإدارة: هي التي يقصد منها استغلال أو استثمار العناصر المادية المكونة للذمة المالية استغلالاً عادياً، دون أن يترتب عليه الزام الذمة في المستقبل، ودون أن تغير من التخصيص الاقتصادي للعناصر المكونة لها، فهي لا يترتب عليها خروج حق من ذمة المتصرف، أو إنشاء حق عيني على شيء مملوك له وإنما يقصد بها المحافظة على حقوق الشخص واستثمارها من خلال الحصول على غلاتها مع بقائها في ذمة صاحبها وذلك كالحصاد والتأجير[2].

وعن البيان أن الواقعة القانونية والتصرف القانوني - يعدان من مصادر الحقوق الشخصية والحقوق العينية في قانوننا المدني.

---

(1) راجع في تفصيل هذا الموضوع: رسالة الدكتور محمد رشدي - المشار إليها سابقاً - ص ١٢٦ وما بعدها. وله أيضاً: نظرية الحق ص ١٦٤ وما بعدها. ود. أحمد سلامة - ص ٣٤٧، د. إسماعيل غانم - ص ١٤٩.

(2) د. محمد السعيد رشدي-الرسالة السابقة-ص١٩١ وما بعدها، نظرية الحق-ص ١١٤.

المبحث الثالث

اثبـات الحـق

والمقصود باثبات الحق هو: إقامة الدليل على وجوده وتظهر الحاجة إلى اثبات الحق عندما يكون محل نزاع ففي هذه الحالة يتعين على من يدعى حقاً أن يلجأ إلى القضاء لاثباته، فإذا نجح في إثبات حقه استطاع أن يتمتع بثمار هذا الحق، وإذا فشل كان حقه والعدم سواء فالحق بدون دليل لا قيمة له عند المنازعة فيه، ومن هنا تظهر أهمية اثبات الحق.

واثبات الحق باثبات مصدره فمن يدعى أن له مبلغاً عند شخص، كان عليه أن يثبت مصدر هذا المبلغ، وهل هو عقد قرض أو بيع مثلاً أو تعويض عن عمل نافع أو ضار(1).

على من يقع عبء اثبات الحق:

وعبء اثبات الحق حدث بشأنه خلاف فقهى كبير ظهرت آثاره في عدة مذاهب منها: مذهب الاثبات الحر أو المطلق وهو ينادى بأن كل من يدعى حقاً عليه إثبات حقه بالوسيلة التى يراها مقنعة للقاضى بوجوده، وللقاضي في ظل هذا النظام أن يتحرى عن صحة ما يدعيه الخصوم، بأية طريقة يراها.

---

(1) د. عبد الناصر العطار – ص ٢٤٩، د. محمد شكرى سرور – ص ٢٧٨، د.السنهورى – الوسيط – جـ ٢، ص ١٣ وما بعدها، حيث عرف الاثبات بأنه: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التى حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها.

وهناك مذهب الاثبات المقيد، أو القانونى، وهو ينادى بتحديد طرق الاثبات وأدلته وقيمة كل دليل، بحيث لا يجوز للخصوم ولا للقاضى أثبات الحق بغير الأدلة المنصوص عليها قانوناً وفي حدود ما وضعه القانون من تقدير لقيمة كل دليل[1].

وهناك المذهب الوسط، أو المختلط، وهو يجمع بين المذهبين السابقين، فيحدد بعض طرق الاثبات وأدلته، ويسمح للقاضى بتقدير قيمة بعض الأدلة، وبهذا المذهب الأخير أخذ المشرع المصرى. في قانون الاثبات الأخير[2]. وبعض قواعد قانون المرافعات.

ويقضى هذا القانون بأن عبء الاثبات يقع على من يدعى خلاف الظاهر، فمن يدعى خلاف الظاهر عليه اثبات ما يدعيه حيث نصت المادة الأولى منه على أنه: "على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه"، إذ الأصل أن كل شخص برئ من الديون، ومن يدعى أن عليه ديناً له، يدعى خلاف الظاهر فعليه أن يثبت حقه.

وقد يقيم القانون قرينة لصالح من يدعى خلاف الظاهر، بحيث إذا توافرت فإن عبء الاثبات ينتقل إلى هذا الشخص الآخر[3].

---

(١) د. عبد الناصر العطار – المكان نفسه – وراجع: مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ ٣ – ص ٣٤٩.

(٢) رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨م الذى يعمل به اعتباراً من أول ديسمبر سنة ١٩٦٨م.

(٣) د. عبد الناصر العطار – ص ٢٥٠، د. محمد شكرى سرور – ص ٢٩٠ وما بعدها.

أدلة الاثبات وطريقته:

وأدلة الاثبات وفقاً لما ورد في القانون، هي الكتابة وشهادة الشهود، والقرائن القضائية، والاقرار واليمين، والمعاينة والخبرة، وهذه الأدلة تنقسم إلى:

(١) ***أدلة مطلقة***: وهذه تصلح لاثبات جميع مصادر الحقوق، وهي الكتابة وما يقوم مقامها، وهو الاقرار واليمين.

(٢) ***وأدلة مقيدة***: أي أدلة تثبت بها بعض مصادر الحقوق، وبشروط معينة، وهي شهادة الشهود، أو البينة، والقرائن القضائية والمعاينة والخبرة، كما بين المشرع طرق الاحتجاج بكل دليل من هذه الأدلة، ونعطي فكرة عامة عنها وطرق الاثبات بها.

أولاً: الكتابة:

هي كل محرر مكتوب يثبت صدور التصرف[1]، وهي من أهم وسائل الاثبات حيث توفر للخصوم من الضمانات ما لا يوجد في غيرها خاصة فيما يتعلق بالوضوح، وعدم التحريف، حيث تفرغ الكتابة في ورقة تسمى: "محرراً" وهذا المحرر يعتبر دليلاً كتابياً والمحررات نوعان: محررات رسمية ومحررات عرفية.

(١) المحررات الرسمية:

هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه (مادة ١/١٠ اثبات)، فيشترط في المحرر الرسمي ثلاثة شروط:

---

(١) د. أحمد سلامة – ص ١٦٦.

الأول: أن يقوم بتحريره موظف عام، كموظف الشهر العقارى أو شخص مكلف بخدمة عامة كالمأذون.

الثاني: أن يحرره وفقاً للأوضاع القانونية، بأن يكون بخط واضح خال من الكشط والتحشير.

الثالث: وأن يكون تحرير المحرر مما يدخل في اختصاص الموظف العام.

والمحرر الرسمى حين يستوفى تلك الشروط يكون حجة على الكافة في حدود ما هو مثبت فيه من أمور قام بها من حرره في حدود سلطته واختصاصه، أو وقعت من ذوى الشأن في حضوره، ولا يجوز الطعن في بيانات المحرر الرسمى الا بالتزوير وبالطرق المقررة قانوناً للطعن والتزوير، وإذا اختل شرط من تلك الشروط يكون لهذا المحرر قيمة المحرر العرفى في الاثبات، متى كان أصحاب الشأن قد وقعوه بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم.

(٢) المحررات العرفية:

وهى كل ورقة موقع عليها من شخص ولم يحررها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في شأن من شئون سلطته واختصاصه، والمحرر العرفى يعتبر حجة على من وقعة ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، وقد أجاز المشرع للمحكمة أن تأمر بتحقيق الخطوط بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما، كما أجاز الطعن بالتزوير وفق قواعد معينة.

ويلاحظ أن التأشير على سند يفيد براءة المدين يعتبر حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعاً منه ما دام السند

لم يخرج قط من حيازته، وكذلك الأمر إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين، وكان ذلك في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة، وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين[1].

ولا يحتج بما ورد في المحرر العرفى على غير أطراف هذا المحرر إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون للمحرر تاريخ ثابت.

(أ) من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك.

(ب) أو من يوم أن يثبت مضمون المحرر في ورقة أخرى ثابته التاريخ.

(جـ) أو من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص.

(د) أو من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو أمضاء أو بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة في جسمه.

(هـ) أو من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه ففي جميع هذه الأحوال يمكن القطع بأن المحرر كتب في تاريخ وقوع هذه الأمور.

ومع ذلك يجوز للقاضى تبعاً للظروف ألا يطبق الحكم السابق على المخالصات (مادة ١٥ اثبات).

وتعتبر دفاتر التجار محررات عرفية وهى حجة على أصحابها فإذا كانت منتظمة وجب لمن يحتج بها أن يأخذ ما ورد فيها كله دون أن يستبعد منها ما يناقض دعواه، ولا تكون هذه الدفاتر حجة على غير

---

(١) د. عبد الناصر العطار ص ٢٥١، د. محمد شكرى سرور ص ٢٩٧.

التجار، إلا أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين فيما يجوز اثباته بالبينة (مادة ١٧ اثبات).

ثانياً: الاقرار:

والاقرار هو اعتراف الخصم بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أمام القاضى وأثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة فلا يعد اقراراً بهذا المعنى اعتراف الخصم أمام الشهود.

والاقرار حجة قاصرة على المقر، غير أنه لا يقبل التجزأة فاما أن يؤخذ كله أو يترك كله. فلو أقر شخص بأنه مدين لآخر بمبلغ وفى منه جزءاً، فلا يمكن استبعاد اقراره بالوفاء، لكن إذا تعلق الاقرار بوقائع متعددة، وكان وجود واحدة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى جاز تجزئة الاقرار، فلو أقر شخص بأنه مدين لآخر، وأضاف أن هذا المدين قد انقضى بالمقاصة، جاز تجزئة الاقرار بأن يعتبر الدين ثابتاً في ذمة المقر، ويقع عليه عبء اثبات هذه المقاصة[1].

ثالثاً: اليمين:

وهى إشهاد الله تعالى أمام القضاء على صدق ما يقوله الحالف ويجوز لمن يعوزه طريق آخر للاثبات أن يوجه إلى خصمه اليمين، فإذا حلف الخصم الذى وجهت إليه اليمين رفضت دعوى المدعى، وإذا نكل حكم للمدعى، ويجوز لمن وجه إليه اليمين، أن يردها على من

---

(١) د. عبد الناصر العطار – ص ٢٥٢، د. محمد شكرى سرور – ص ٣٠٠ وما بعدها، د. منصور مصطفى منصور – ص ٢٨٣.

وجهها إليه، أى يطلب منه أن يحلف هو، وحالتئذ يتغير الوضع فيصبح من وجه اليمين أولاً هو المكلف بالحلف، فإن حلف كسب الدعوى وأن نكل خسر الدعوى وليس له أن يرد اليمين مرة ثانية[1].

وهكذا يستبين أنه يترتب على توجيه هذه اليمين في جميع الأحوال إنهاء النزاع إما لمصلحة من وجهها، أو لمصلحة من وجهت إليه ولهذا تسمى باليمين الحاسمة (مادة ١٨ اثبات).

وأما اليمين المتممة: فهى يمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه لأى من الخصمين عندما يرى أن هذا الخصم قدم دليلاً غير كاف على دعواه ليتمم الدليل باليمين[2].

رابعاً: البينة:

ويقصد بالبينة: شهادة الشهود، وهى دليل مقيد، فلا يستدل بها في جميع الأحوال، فيجوز الالتجاء إليها لاثبات الوقائع القانونية، أما بالنسبة للتصرفات القانونية، فيستدل بها في بعض الأحوال، ولا يستدل بها في أحوال أخرى، لكن يلاحظ أنه حيث يجيز القانون الاثبات بشهادة الشهود يبحث القاضى عن الحقيقة في أقوالهم، ويكون له الحق في أن يأخذ بتلك الأقوال أو لا يأخذ، ولا أهمية لعدد الشهود فقد تكون أقوال شاهد واحد محل ثقه لدى القاضى أكثر من أقوال عدة شهود آخرين[3].

---

(١) د. منصور مصطفى منصور – المكان نفسه.

(٢) المصدر نفسه – ود. عبد الناصر العطار – ص ٢٥٣.

(٣) د. منصور مصطفى منصور – ص ٢٨٢.

- وشهادة الشهود تصلح لاثبات الوقائع الطبيعية كواقعة الجوار في الشفعة مثلاً كما تصلح لاثبات الأفعال المادية كالفعل الضار أو النافع، أما في التصرفات القانونية فتعتبر دليل إثبات مقيد فلا يحتج بها إلا في حالات معينة منها المسائل التجارية لقيامها على السرعة، والائتمان، ومن ثم فلم يتطلب المشرع الكتابة لاثبات التصرفات القانونية المتعلقة بها، وإذا كانت قيمة التصرف المالية دون المائة جنيه، ويجوز اثبات التصرف بشهادة الشهود مهما بلغت قيمتة المالية إذا كان هناك نص أو اتفاق يقضي بذلك، أو قام مانع مادى أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابى كالديون التى تتم بين الأب وأولاده والزوج وزوجته، والخاطب ووالد خطيبته، حيث يجوز إثباتها بشهادة الشهود مهما بلغت قيمة الالتزام لوجود مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابى، وكذلك يجوز الاثبات بشهادة الشهود إذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب لا يد له فيه، أو كان هناك مبدأ ثبوت بالكتابة، وهو أية ورقة بها كتابة صادرة من الخصم من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال.

وقد بين قانون الاثبات طريقة سماع شهادة الشهود واستجوابهم وجعل للقاضى سلطة تقدير هذه الشهادة وفق اقتناعه الشخصى بما يسمعه منها.

خامساً: القرائن:

القرينة هى ما يستنبط من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول وهى نوعان:

(١) قرينة قضائية: ويتمثل فيما يستنبطه القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول ولا يجوز الاثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود ويجوز للخصم أن يرد القرينة القضائية بكافة طرق الاثبات.

(٢) وقرينة قانونية: وهي ما يستنبطه المشرع من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول ينص عليه، والقرينة القانونية ليست دليلاً للاثبات، وإنما هي وسيلة لنقل عبء الاثبات من خصم إلى آخر فهي تغني من قررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات، ومثال ذلك ما تقضي به المادة (٥٨٧ مدني) من أن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، ومن ثم فإن تقديم المستأجر مخالصة بالايجار عن شهر يوليو مثلاً يغنيه عن تقديم دليل على الوفاء بأجرة الأشهر السابقة عليه، ويكون على المؤجر عندئذ عبء اثبات عكس المستفاد من هذه القرينة.

وقد أجاز قانون الاثبات للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة الشيء المتنازع فيه، أو أن تندب أحد قضاتها لهذه المعاينة ولها أن تعين خبيراً للاستعانة به في المعاينة.

وقد أجاز قانون الاثبات للمحكمة عند الاقتضاء أن تحكم بندب خبير واحد أو ثلاثة على أن تعين له المأمورية المطلوبة منه وتضرب له أجلاً لا يداع تقريره ومن المقرر قانوناً أن رأي الخبير استشاري لا

يفيد المحكمة[1].

شروط الواقعة القانونية محل الاثبات:

وحتى تكون الواقعة القانونية محلاً للاثبات، فانه يجب أن يتوافر فيها عدد من الشروط وهي:

أولاً: يجب أن تكون الواقعة محل نزاع، وهذا أمر بدهي، فالواقعة ما دامت غير مجحودة من الخصم فانها لا تحتاج إلى اثبات.

ثانياً: أن تكون الواقعة محددة: حتى يمكن اثباتها عملاً، فمن يدعي ملكية شيء يجب عليه أن يقيم الدليل على واقعة محددة كانت سبباً للملكية.

ثالثاً: أن تكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به: فإذا كانت الواقعة المراد اثباتها غير متصلة بموضوع النزاع فلا يجوز أن تكون محلاً للاثبات وهذا شرط بدهي، حتى لا يتشتت جهد القاضي ويضيع وقته مما لا طائل من ورائه، وتكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به إذا كانت هي سبب إنشائه.

رابعاً: أن تكون الواقعة منتجة في الاثبات، بمعنى أن تكون مؤثرة في الفصل في الدعوى، من خلال مساهمتها في تكوين عقيدة القاضي بوجود الحق المدعى به.

خامساً: ويجب أخيراً أن تكون الدعوى مما يجوز اثباته، بمعنى: أن يكون اثباتها ممكناً، فإن كان اثباتها مستحيلاً لاعتبارات عقلية، مثل

(١) د. عبد الناصر العطار – ص ٢٥٥، د. محمد شكري سرور – ٣٠٠٠ والمراجع المشار إليها فيه.

اثبات رابطة بنوة بين شخص وآخر يصغره سناً، أو لاعتبارات قانونية، مثل اثبات صحة حكم قضائي حيث يتضمن هذا الاثبات انكاراً لمبدأ حجية الأمر المقضي به أو ثبت دين قمار، ففي كل تلك الوقائع لا يجوز الاثبات[1].

مبادئ رئيسية في الاثبات:

وللاثبات عدة مبادئ رئيسية يقوم عليها، ومن تلك المبادئ:

أولاً: من حق الخصم أن يقدم للقضاء كل ما تحت يده من أدلة يسمح بها القانون، فإذا لم يمكنه القاضي من ذلك كان هذا اخلالاً بحقه في الاثبات، يستوجب الطعن في الحكم بالنقض.

ثانياً: من حق كل خصم أن يثبت عكس الدليل الذي قدمه خصمه وتطبيقاً لذلك فإن الأذن لأحد الخصوم باثبات واقعة بشهادة الشهود، يعطى للخصم الآخر الحق في نفي تلك الواقعة بشهادة الشهود أيضاً.

ثالثاً: لا يجوز لأى خصم أن يصطنع دليلاً لنفسه، فلا يجوز أن يكون دليل المدعى مجرد أقواله أو ادعاءاته، أو ورقة صادرة منه، ويستثنى من ذلك دفاتر التجار فانها حجة عليهم وقد تكون حجة لهم.

رابعاً: لا يجوز اجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه، فكما أنه لا يستفيد من دليل صنعه لنفسه، فانه لا يضار أيضا بتقديم دليل ضد نفسه، فلا يجوز للقاضى أن يجبر الخصم على إبراز سند يفيد

---

(١) راجع في تفصيل ذلك: د. محمد شكرى سرور – ص ٢٨٤ وما بعدها، د. منصور مصطفى منصور – ص ٢٨٤ وما بعدها، د. فتحى عبد الرحيم ص ٢٥٨.

خصمه، واستثناء يجوز للقاضي في أحوال معينة في المنازعات التجارية. وبعض المنازعات المدنية، أن يأمر المدعى بتقديم الدفاتر التجارية والاطلاع عليها لاثبات حق يدعى به[1].

---

(١) د. منصور مصطفى منصور – المكان السابق.

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية
١٥٥٥٤ لسنة ٢٠٠١م